Vererblichkeit und Übertragbarkeit

des

dinglichen Vorkaufsrechtes

in der Geschichte und nach heutigem Reichsrecht.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

August Fritsch

aus Breslau,

Referendar am Kgl. Amtsgericht zu Zobten.

ACAD. LOCO BAT. BIBL.

Approbiert am 24. Mai 1906.

Erlangen.

K. B. Hof- und Universitätsbuchdruckerei von Junge & Sohn.

1906.

Referent: Univ.-Professor Dr. Binder.

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	Praktische Bedeutung des dinglichen Vorkaufsrechtes . .	5
	I. Das dingliche Vorkaufsrecht in der Geschichte.	
	1. Bis zur Kodifikation des allgemeinen Landrechts.	
	a) Entstehung und Wesen.	
§ 2.	aa) Beispruchsrecht	7
§ 3.	bb) Retrakt und Vorkaufsrecht	10
§ 4.	b) Vererblichkeit und Übertragbarkeit	16
§ 5.	2. Die Partikularrechte	23
	II. Das dingliche Vorkaufsrecht nach Reichsrecht.	
§ 6.	1. Das Wesen des dinglichen Vorkaufsrechts . . .	28
	2. Vererblichkeit und Übertragbarkeit.	
	a) auf Seite des Verpflichteten.	
§ 7.	aa) Vererblichkeit	33
§ 8.	bb) Übertragbarkeit	35
	b) auf Seite des Berechtigten.	
§ 9.	aa) Das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht . .	38
	bb) Das subjektiv-persönliche Vorkaufsrecht. Vererblichkeit und Übertragbarkeit:	
§ 10.	1 a) Ander Hand der Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch	39
§ 11.	1 b) Nach §§ 1098, 514 B.G.B.	45
§ 12.	1 c) In der Literatur	48
§ 13.	1 d) Nach anderen Bestimmungen des B.G.B. .	53
§ 14.	Schlußfolgerung	58

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542702_0117

§ 1.

Über die Einstellung des dinglichen Vorkaufsrechtes in das System des Bürgerlichen Gesetzbuches hat bei den Beratungen der Entwürfe zum Bürgerlichen Gesetzbuche Streit geherrscht. Das gesetzliche Vorkaufsrecht ist als schädlich befunden worden; daher hat die moderne Rechtsentwickelung auf seine Beseitigung hingewirkt, bis auf wenige Ausnahmen, die das Bürgerliche Gesetzbuch und die Partikularrechte zulassen. Fraglich ist, ob auch die vertragsmäßig begründeten dinglichen Vorkaufsrechte der grundsätzlichen Freiheit im Grundstücksverkehr schädlich sind, oder ob sie für das moderne Recht von Wert sind. Man hat sich schließlich für die Beibehaltung des Instituts entschieden, indem man seine Bedeutung für gewisse Zweige des wirtschaftlichen Lebens nicht verkannte.

Die Motive[1]) bringen eine Reihe von Beispielen. So dient namentlich das dingliche Vorkaufsrecht dazu, auf dem Gebiete der Landwirtschaft bedeutenden Mißständen abzuhelfen. Als Ersatz für die abgeschaffte Landleihe, z. B. für die Erbpacht, mußte ein Institut geschaffen werden, das dieselben Wirkungen wie diese erzielte, und dazu schien das dauernde dingliche Vorkaufsrecht geeignet. Auch „die Erhaltung eines angesessenen Arbeiterstandes" kann erreicht werden, indem sich Großgrundbesitzer bei dem Verkauf von Land unter einer Vorkaufsbedingung, damit „einen Einfluß

[1]) Mot. III S. 448 ff.

darauf bewahren, in welche Hände das veräußerte Land gelange“[1]). Hiermit wird einem Bedürfnis abgeholfen, das sich, wie die Protokolle[2]) anführen, nicht nur in der Landwirtschaft, sondern auch in den Industriebezirken gezeigt hat. In großem Maßstabe wird die Überlassung von Land von dem Staate betrieben. Hier spielt das Vorkaufsrecht bei den Rentengütern, wie sie namentlich in den östlichen Provinzen Preußens eingeführt sind, eine große Rolle[3]). Dadurch wird erreicht, daß das Gut nicht auf Leute übergehe, die dem Staate nicht genehm sind, so z. B. mit Rücksicht auf die Erhaltung des Deutschtums. Aber auch sonst kann das dingliche Vorkaufsrecht von Nutzen sein. Wenn ein Familienglied ein Landgut „als Grundlage des Familienwohlstandes“ behalten soll[4]), so ist es für die Familie von Wert, für den Fall der Veräußerung ein Vorkaufsrecht zu haben. Durch die Veräußerung würde das Grundstück für die Familie verloren sein, durch Ausübung des Rechtes aber kann sie das Interesse, das sie an dem Grundstück hat, geltend machen.

Ein anderes Beispiel ergibt sich aus § 1095 B.G.B., nach welchem ein Bruchteil eines Grundstückes, wenn er in dem Anteile eines Miteigentümers besteht, mit einem Vorkaufsrecht belastet werden kann. Hier hat jeder Miteigentümer ein Interesse, sich an dem Bruchteil, der dem anderen Miteigentümer zusteht, ein Vorkaufsrecht vorzubehalten, um Fremde von einem etwaigen Kaufe ausschließen zu können. § 1095 B.G.B. steht jetzt an der Stelle, den früher das gesetzliche Vorkaufsrecht der Miteigentümer einnahm. Ebenso kann sich auch ein Nießbraucher, Mieter oder Pächter gegen

[1]) Mot. III S. 449.
[2]) Prot. III S. 756.
[3]) Prot. III S. 754.
[4]) Prot. I Lef. S. 3753. Mot. III S. 449.

den Erwerb des Grundstücks durch einen Dritten schützen. Ein ähnliches Interesse besteht bei dem Verkauf eines Nachbargrundstückes: Durch Ausübung eines Vorkaufsrechtes kann man sich einen unbequemen Nachbar fernhalten. In allen diesen Fällen gewährt nur ein dingliches Vorkaufsrecht den gewünschten Erfolg. Bei dem persönlichen Vorkaufsrechte würde der Berechtigte, wenn der Eigentümer dem Vertrage zuwider das Grundstück veräußerte, nur diesem gegenüber eine Klage aus dem Vertrage haben, das Grundstück aber, an dem ihm gerade liegt, könnte er nicht zurückfordern.

So hat das dingliche Vorkaufsrecht einen großen praktischen Wert für das moderne Leben erlangt, wie es auch schon in der Geschichte stets große Bedeutung gehabt hat, und es ist daher auch von Wichtigkeit, sich die Frage vorzulegen, ob nur der bestimmte Berechtigte, für den das Recht bestellt wurde, den Nutzen daraus haben soll, oder ob auch noch seine Erben oder sonstige Interessenten den Vorteil aus dem Rechte genießen sollen. Es soll daher im folgenden die Vererblichkeit und Übertragbarkeit des Vorkaufsrechts untersucht werden, und zwar zunächst an der Hand der geschichtlichen Entwickelung. Diese ist für die vorliegende Frage von solcher Bedeutung, daß auf sie eingegangen werden muß.

I.

§ 2.

Seinen Ursprung hat das dingliche Vorkaufsrecht zweifellos im deutschen Recht. Im römischen Recht hat es ein Vorkaufsrecht mit dinglicher Wirkung nicht gegeben; Rechte an fremder Sache waren dort überhaupt nur wenige anerkannt. Diese wenigen waren, die Servituten, die superficies, die emphyteusis und das Pfandrecht. Dagegen gab es ein obligatorisches, d. h. nur unter den Parteien wirkendes Vor-

kaufsrecht. Auf dieses kann man die für das gemeine Recht gegebene Definition Windscheids[1]) anwenden: „Jemand muß, wenn er verkaufen will, einer bestimmten Person die Vorhand lassen, vorausgesetzt, daß dieselbe gleiche Bedingungen bietet, wie ein dritter Kauflustiger geboten hat." Diese Begriffsbestimmung ist auch übereinstimmend mit der unseres heutigen Rechts. Überhaupt ist unser obligatorisches Vorkaufsrecht die Nachbildung des römischen.

Das dingliche Vorkaufsrecht fußt also, wie schon gesagt, auf deutschem Boden. Das deutsche Recht hat im Gegensatz zum römischen für den Verkehr mit Grundstücken viele Beschränkungen ausgebildet. Bestimmte Personen oder Personenarten hatten an einem Grundstück ein Vorrecht und konnten es, wenn es verkauft worden war, dem Erwerber abfordern und an sich ziehen, sie hatten ein Retraktrecht. Besonders ist das Recht der nächsten Erben, d. h. nur der gesetzlichen Erben hervorgetreten, das sich gegen Grundstücksveräußerungen des Erblassers richtet. Der Grundgedanke ist der, die Liegenschaften, von denen die rechtliche Stellung des Eigentümers abhängt, so, wie sie von Alters her überkommen sind, im Kreise der Sippe zu erhalten. Dieses Recht nannte man die Erblosung. Aber nicht in der Gestalt, in der das Recht im Mittelalter vorgefunden wird, hat es von jeher bestanden. In früherer Zeit hatten die Erben das sogen. Beispruchsrecht, als dessen Abschwächung der Retrakt gewöhnlich hingestellt wird[2]). Das Beispruchsrecht gehört schon einer sehr frühen Zeit an[3]). Sandhaas[4]) unterscheidet hier zwischen den einzelnen Stammesrechten.

---

[1]) Windscheid II S. 484.

[2]) Stobbe II S. 130. Vergl. auch Gierke II S. 785 f., 788.

[3]) Heusler II S. 54 ff. Stobbe II. S. 118.

[4]) Sandhaas S. 190 ff.

Erwiesen ist, daß es bei den Sachsen bestanden hat. Auch Beseler[1]), der sonst bestreitet, daß das Beispruchsrecht zur Zeit der Volksrechte vorhanden gewesen sei, indem er z. B. die lex Angliorum et Verinorum anführt[2]) [dort heißt es Tit. 13: libero homini liceat hereditatem suam cui voluerit tradere], macht aber eine Ausnahme für den Sachsenstamm. Die betreffenden Stellen der lex Saxonum lauten C. 62: nulli liceat, traditionem hereditatis suae facere, praeter ad ecclesiam vel regi, ut heredem suum exheredem faciat, nisi forte famis neccessitate coactus, ut ab illo, qui hoc acceperit, sustentetur. Mancipia liceat illi dare ac vendere. Und C. 64: liber homo, — si herediatem suam necessitate coactus vendere voluerit, offerat eam primo proximo suo; si ille eam emere noluerit: — vendet eam cuicumque libuerit.

Man erkennt hieraus, daß grundsätzlich Veräußerungen von Grundstücken verboten waren und daß zu Veräußerungen, die dennoch vorgenommen wurden, die Einwilligung der nächsten Erben erforderlich war. Daß der nächste Erbe zustimmen muß, ergibt sich[3]) z. B. aus dem codex diplomaticus Quedlinburgensis S. 107 Nr. 36: cum secundum consuetudinem terre et juris ordinem ipse vivente patre suo in bonis avi sui nichil juris haberet, suus super eo nullatenus requirendus esset consensus. Eine Beschränkung auf einen bestimmten Verwandtschaftskreis hat aber nicht stattgefunden, wie man mit Heusler im Gegensatz zu Fipper annehmen muß[4]). Letzterer gewährt den Verwandten über die Großelternparentel, d. i. die dritte Pa-

---

[1]) Beseler I S. 394 Anm. 2.

[2]) Beseler, Erbvertr. I S. 52.

[3]) Heusler II S. 56.

[4]) Heusler II S. 56. Fipper S. 20, 28.

rentel, hinaus nicht das Beispruchsrecht. Hatte der Eigentümer ohne Einwilligung der Erben, ohne Erbenlaub, veräußert, so konnten diese das Gut von dem Erwerber durch eine rei vindicatio zurückfordern. Sie hatten ein Revokationsrecht auf Grund der Auffassung, daß sämtliche Familienangehörigen an dem Hausvermögen mit berechtigt seien[1]). Dieses Recht der Erben ist im Sachsenspiegel festgestellt und findet sich im Sachsenspiegel I 52 § 1: Ane erven gelof unde ane echt ding ne mut nieman sin egen noch sine lüde geven. Gift het weder rechte sunder erven gelof, die erve underwinde's sik mit ordelen, als of he dot si jene de' dar gaf, so he's nicht geven ne mochte.

Von einer Vererblichkeit dieses Beispruchsrechtes kann keine Rede sein, weil es der Person des nächsten Erben von selbst zusteht, und ebensowenig kann man von einer Übertragung sprechen, da das Recht in der Person irgend eines Fremden nicht begründet sein kann und ein anderer Erbe von selbst berechtigt ist.

§ 3.

In den schon erwähnten Stellen der Lex Saxonum ist zugunsten des Veräußerers eine Ausnahme von dem strengen Veräußerungsverbot gemacht, indem nämlich die Veräußerung im Falle echter Not gestattet ist, also wenn der Veräußerer z. B. in Gefangenschaft oder Armut geraten ist. Aber auch hier ist noch die Schranke gezogen, daß der Veräußerer das Grundstück vorerst den Erben zum Kaufe anzubieten hat, und erst, wenn es diese nicht kaufen wollen, er zur Veräußerung berechtigt ist. Auch sonst ist der Fall der echten Not öfters erwähnt, so im Wormser Recht[2]): fam. St. Petri Wormat. C. 2. Si quis praedium vel man-

[1]) Heusler II S. 54.

[2]) Kraut S. 167 § 70 Nr. 12.

cipia in hereditatem acceperit et in paupertatem inciderit et ex hac necessitate hereditatem vendere voluerit, prius proximis heredibus suis cum testimonio proponat ad emendum; si autem emere noluerint, vendat socio suo cui voluerit.

Dieser Fall der echten Not ist die Ursache für den Übergang des schroffen Beispruchsrechtes in das weniger strenge Retraktrecht. Heusler[1]) meint, daß schon frühzeitig den Erben bei einer gültigen Veräußerung durch den Eigentümer ein Retraktrecht zugestanden habe, d. h. daß sie das Grundstück von dem Erwerber zurückfordern konnten, aber im Gegensatz zum Beispruchsrecht gegen Erstattung des Kaufpreises. Von einem solchen Recht ist in den erwähnten Stellen nichts gesagt, dort heißt es nur, daß der Eigentümer das Grundstück dem Erben zum Kauf anzubieten habe, ehe er es anderen verkaufe, daß also die Erben ein Vorkaufsrecht haben sollten[2]). Anzunehmen ist aber, daß mit diesem Rechte ein Retraktrecht verbunden war, denn ohne dieses hätte die Verpflichtung zum Angebot für die Interessenten wenig Wert gehabt[3]), weil sie sonst kein Mittel hatten, ihr Recht zur Geltung zu bringen.

So verschwand allmählich das Beispruchsrecht und der Retrakt nahm seine Stelle ein. Wie verbreitet der Retrakt im Mittelalter war, geht schon aus der Zahl der Namen hervor, welche die einzelnen Völker ihm gaben. So waren für ihn auch die Namen: Näherrecht, Einstand, Losung, Nähergeltung, Abtrieb, Näherkauf, Zugrecht, Vorkauf und viele andere in Gebrauch. Neben der aus dem Beispruchsrecht entstandenen Erblosung gab es, um Veräußerungen

---

[1]) Heusler II S. 60.

[2]) Vergl. Beseler I S. 395.

[3]) Stobbe II S. 132.

rückgängig zu machen, z. B. die Marklosung für die Gemeindeangehörigen, die Nachbarlosung für die Nachbarn, den Retrakt der Miteigentümer, den Retrakt des Lehnsherrn und der Lehnsagnaten u. a.

Die Natur des Näherrechts ist eine sehr bestrittene. So besteht Uneinigkeit darüber, ob der Retrakt ein dingliches oder ein persönliches Recht ist, und demnach die daraus entspringende Klage eine dingliche oder eine persönliche. Für die Dinglichkeit[1]) ist Walch eingetreten, ebenso Seuffert und Renaud. Auch Gierke, Beseler und Bluntschli bezeichnen die Klage als eine dingliche, während Eichhorn und Gerber ebenso wie Roßhirt die Persönlichkeit[2]) verteidigen. Stobbe[3]) nennt die Klage, wie auch Eichhorn und Roßhirt dies tun, eine actio in rem scripta. Auf diese Streitfrage ist aber hier nicht einzugehen. Ob das heute bestehende gesetzliche Vorkaufsrecht der Miterben dinglicher oder persönlicher Natur ist, ist weiter unten zu besprechen. Ebenso ist nicht darauf einzugehen, ob sich der Retrakt als eine Veräußerungsbeschränkung oder als ein dingliches Aneignungsrecht darstellt.

Auch über die Entstehungsgründe herrscht Streit. Hierauf muß eingegangen werden, da es für die Frage nach Vererblichkeit und Übertragbarkeit von Wichtigkeit ist. Die jetzt herrschende richtige Ansicht[4]) geht dahin, daß das Retraktrecht auf einer Rechtsquelle, also auf Gesetz oder auf Gewohnheit beruht. Von anderer Seite[5]) wird dagegen be-

[1]) Walch S. 104, 108 u. 110. Seuffert, Näherr. S. 121. Renaud S. 258. Gierke II S. 769 f. Beseler I S. 403. Bluntschli S. 338.

[2]) Eichhorn S. 292. Gerber S. 470. Roßhirt S. 62.

[3]) Stobbe II S. 143 Anm. 11 a.

[4]) Laband, Retrakt S. 185. Gerber S. 471. Eichhorn S. 228. Beseler S. 404. R.G.E. X S. 221. Stobbe II S. 140.

[5]) Seuffert, Näherrecht S. 121 u. 136. Renaud S. 260.

hauptet, daß ein Retraktrecht auch durch Vertrag oder letztwillige Verfügung entstehen kann. Walch gibt zu, daß ein Retrakt nicht durch Vertrag begründet wird[1]), ist aber eigentümlicherweise der Meinung, daß das Testament zur Begründung ausreiche[2]). Ebenso läßt Glück[3]) einen testamentarischen Retrakt zu, während er zwar einen vertragsmäßigen zugibt, aber ohne dingliche Wirkung. Die Annahme des vertragsmäßigen und testamentarischen Retraktes kommt daher, daß dieser früher immer mit einem Vorkaufsrecht zusammengebracht wurde[4]), und nach der geschichtlichen Entwickelung haben ja beide auch vielfach miteinander in Verbindung gestanden[5]), obgleich diese Verbindung nicht notwendig vorhanden sein mußte[6]). Anderer Ansicht ist Eichhorn[7]), der behauptet, daß ein Retrakt immer ein Vorkaufsrecht in sich schließe und Gierke[8]), nach dem im Zweifel das Näherrecht auch ein Vorkaufsrecht enthält. Es wurde daher der Retrakt und das Vorkaufsrecht sehr oft miteinander verwechselt und begrifflich zusammengeworfen[9]), weil auch die Scheidung zwischen beiden bisweilen sehr schwer war.

Diese Verwechslung zwischen den beiden ganz verschiedenen Instituten wurde noch verstärkt durch die Aufnahme des römischen persönlichen Vorkauftrechtes in Deutschland. Infolgedessen herrschte über den Retrakt vollkommene Unklarheit. So bezeichnete man seit der Rezeption des

---

[1]) Walch S. 217.
[2]) Walch S. 58.
[3]) Glück S. 167.
[4]) Laband, Retrakt S. 161.
[5]) Stobbe II S. 140.
[6]) Gerber § 175 Nr. 4 S. 471.
[7]) Eichhorn S. 287.
[8]) Gierke II S. 773.
[9]) Gengler S. 168. Laband S. 186 Nr. 52.

römischen Rechts den Retrakt oft als gesetzliches dingliches Vorkaufsrecht[1]), aber mit Unrecht, da beide, wie noch anzuführen ist, voneinander verschieden sind. Dernburg[2]) unterscheidet genau zwischen dem gemeinrechtlichen persönlichen Vorkaufsrecht und den deutschrechtlichen Retraktrechten. Dieselbe Unterscheidung hebt Windscheid hervor[3]).

Eine gleiche Wirkung wie durch das gesetzliche Retraktrecht, konnte im Mittelalter auch auf anderem Wege, durch Parteivereinbarung, erreicht werden, denn das vertragsmäßige Vorkaufsrecht hatte in Anlehnung an die Retraktrechte dingliche Wirkung[4]), und es war demnach auch eine Rückforderung gegen den Dritten begründet. Gleichwohl ist dieses Vorkaufsrecht wesentlich anders geartet, als das gesetzliche Retraktrecht und muß von diesem geschieden werden[5]). Abgesehen von dem Entstehungsgrunde — bei dem dinglichen Vorkaufsrechte Vertrag oder Gesetz, bei dem Retrakt Gesetz — tritt der Unterschied z. B. in der Klage hervor. Der Retrakt gibt einen Anspruch gegen Dritte, das dingliche Vorkaufsrecht daneben noch eine Schadensersatzklage gegen den Kontrahenten. Auch betreffs der Vererblichkeit sind sie voneinander verschieden, wie noch zu zeigen ist. — Auf Grund der Verwechslung wurde dieses Recht also auch ein vertragsmäßiger Retrakt genannt. Ob man das Recht aber nun so nennt, wie dies einige Schriftsteller wollen, oder mit dem richtigen Namen: vertragsmäßiges Vorkaufsrecht mit dinglicher Wirkung, darauf kommt es nicht an; es sind nur zwei Namen für die Erreichung desselben Zweckes. Fest

[1]) Stobbe II § 89. Förster-Eccius III § 189.

[2]) Dernburg, Pand. II S. 260 Anm. 16.

[3]) Windscheid, Pand. II S. 413.

[4]) Stobbe II S. 132 Anm. 5, S. 141. Laband, Klagen S. 271. Roth III S. 742 Anm. 46.

[5]) Laband S. 186 Nr. 52.

steht, daß die Parteien die Vereinbarung treffen konnten, daß dem Berechtigten ein dingliches Recht gegen den Dritten zustehen sollte. Ursprünglich erlangte das vertragsmäßige Vorkaufsrecht die dingliche Wirksamkeit von selbst, später trat jedoch diese Wirkung nicht ohne weiteres ein, sondern sie wurde erst erzielt, wenn eine Eintragung des Rechtes in das Grundbuch stattgefunden hatte[1]). Auf dieselbe Weise kann ein testamentarisches Vorkaufsrecht dingliche Wirkung erlangen[2]). Aber auch diese Verbindung von vertragsmäßigem Vorkaufsrecht und Grundbucheintragung zum Zwecke der Verdinglichung ist bestritten, z. B.[3]) von Beseler und Gerber.

Für das gemeinrechtliche obligatorische Vorkaufsrecht kann ebenso, wie im römischen Recht, die dingliche Wirkung vertragsmäßig oder durch Testament nicht erreicht werden, obgleich auch die entgegengesetzte Ansicht vertreten wird. So sagt Seuffert[4]), daß der Berechtigte dann gegen den Dritten einen Anspruch hat, „wenn er sich für diesen Fall eine Hypothek oder das Eigentumsrecht vorbehalten hat". Keller[5]) gibt dem Berechtigten kein dingliches Recht, läßt aber doch den jetzigen Käufer persönlich verpflichtet werden. Auch Renaud[6]) ist der Ansicht, daß für das gemeine Recht dingliche Wirkung durch Vertrag erzielt werden könne. Glück dagegen führt aus[7]): „Das Näherrecht, welches sich jemand ... ausbedungen hat, gibt in der Regel nur ein ius in personam, weshalb dem Berechtigten . . . keine dingliche Klage gegen

---

[1]) Stobbe II S. 141 ff. Gengler S. 168. Laband, Retrakt S. 186 Nr. 52.

[2]) Stobbe II S. 142 Anm. 8.

[3]) Beseler S 404 u. 594. Gerber S. 471 Anm. 6.

[4]) Seuffert, Pand. S. 271 Anm. 7.

[5]) Keller, Pand. II S. 55.

[6]) Renaud S. 261.

[7]) Glück S. 167 ff.

den dritten Besitzer zusteht". Das von Glück hier Näherrecht genannte Recht ist also ein obligatorisches Vorkaufsrecht. Dagegen behauptet er, wie schon erwähnt, von dem testamentarischen Retrakt die dingliche Wirkung. Koch[1]) leugnet für das vertragsmäßige oder testamentarisch bestellte Vorkaufsrecht die Dinglichkeit, gibt sie aber für das gesetzliche Vorkaufsrecht zu, wenn es als dauerndes Recht bestellt ist. Windscheid[2]) sagt ausdrücklich: „Das Vorkaufsrecht wirkt nur obligatorisch, und ist daher nicht zu verwechseln mit dem dinglich wirkenden deutschen Näher- und Retraktrechte". Auch dann wird die dingliche Wirkung nicht erreicht, wie es zum Teil früher angenommen wurde, wenn der Dritte dolos handelt, d. h. den bestehenden Vorkaufsvertrag kannte[3]). Durch das obligatorische Vorkaufsrecht erlangt der Berechtigte nur den Anspruch auf eine Leistung des Verpflichteten, nämlich ihm vor einem anderen Käufer den Vorzug zu geben. Jäger bemerkt daher mit Recht[4]): „es gewährt ein Forderungsrecht, nicht aber ein dingliches Recht". — Ebenso wirkt im französischem Zivilrecht das Vorkaufsrecht nicht dinglich[5]).

§ 4.

Bei der Frage nach der Vererblichkeit und Übertragbarkeit des Retrakt- und Vorkaufsrechtes muß man zwei verschiedene Arten voneinander trennen[6]), solche, die in der Person des Berechtigten begründet sind, bei denen eine individuell bestimmte Person genannt ist, und Vorkaufsrechte,

---

[1]) Koch S. 203.
[2]) Windscheid II S. 484.
[3]) Seuffert VII 37.
[4]) Jäger S. 37.
[5]) Zachariae-Crome II S. 468 Anm. 3.
[6]) Ebenso Jäger S. 107.

bei denen nicht die Person das Entscheidende ist, sondern die bestimmte Eigenschaft, die sie besitzt. Der ersteren Art sind vertragsmäßige Vorkaufsrechte. Rechte, bei denen eine bestimmte Eigenschaft maßgebend ist, sind die auf einer Rechtsquelle beruhenden Retraktrechte des deutschen Privatrechts, und die gesetzlichen Vorkaufsrechte des gemeinen Rechts, gewöhnlich Retrakte genannt. Ein solches gesetzliches Vorkaufsrecht im gemeinen Recht ist z. B. dasjenige, welches dem Grundstückseigentümer zusteht, wenn der Emphyteuta das Grundstück verkauft. Auf derselben Stufe wie die gesetzlichen Retraktrechte stehen diejenigen Vorkaufsrechte, welche Personen zustehen, „die durch Eintritt in ein gewisses Verhältnis oder durch Verbleiben in einem gewissen Verhältnisse bestimmt sind“ [1]). Hierfür dient als Beispiel das Recht, das die Mitglieder einer bestimmten Familie haben.

Bei diesen zuletzt genannten Fällen ist Vererbung und Übertragung ausgeschlossen. Das Kgl. Obertribunal [2]) hat gelegentlich einer Entscheidung nach preußischem Recht dies für das gesetzliche Vorkaufsrecht im gemeinen Recht als unbestritten hingestellt, und die meisten Schriftsteller teilen seine Ansicht. Walch [3]) sagt, daß der Berechtigte gewisse Eigenschaften haben muß, und daß daher ein Rechtsnachfolger nicht zur Ausübung befugt ist. Er teilt den Retrakt in einen subjektiv-persönlichen, bei welchem das Recht an eine Person gebunden ist, und einen subjektiv-dinglichen, bei dem der Besitz des Grundstückes maßgebend ist. Bei dem ersteren schließt die Persönlichkeit des Rechtes selbst jeden Übergang aus, bei dem subjektiv-dinglichen Rechte geht das Recht mit dem Besitze der Sache über; hier ist

---

[1]) Jäger S. 28.

[2]) O.Tr.E. XXIII S. 339.

[3]) Walch S. 86.

aber der Besitzer als solcher berechtigt und nicht als Erbe oder Zessionar. Glück macht dieselbe Einteilung[1]) und kommt auch zu demselben Ergebnis. Auch nach Renaud[2]) hat das Näherrecht höchstpersönliche Natur, denn das Recht ist nur in der Person dessen begründet, der gewisse Voraussetzungen erfüllt; infolgedessen ist es weder vererblich noch übertragbar. Seuffert[3]) sagt allgemein, nicht nur für das bayerische Recht, der Erbe muß eine bestimmte Qualität haben. „Wenn diese Qualität nicht übertragbar ist, so kann es auch das durch sie bedingte Recht nicht sein." In einem Punkte weicht aber Renaud von den meisten anderen Schriftstellern ab, indem er nämlich behauptet, daß die Erben selbst dann nicht befugt sind, den Anspruch aus dem Rechte geltend zu machen, wenn der Erblasser schon die Klage angestrengt hatte. Er folgert dies aus der Höchstpersönlichkeit des Retraktrechtes. Es kann dem aber nicht zugestimmt werden, weil mit Anstrengung der Klage die Retraktberechtigung schon durch den Erblasser zur Geltung gebracht ist und auf die Erben nur der schon geltend gemachte Anspruch nach allgemeinen Regeln als reiner Vermögenswert übergeht. Für den Ausschluß der Vererblichkeit und Übertragbarkeit des Retraktes haben sich auch Gerber, Stobbe, Mittermayer, Hillebrandt, Gengler, Beseler ausgesprochen[4]).

Das gesetzliche Recht kann jeder ausüben, der durch seine Eigenschaften dazu berechtigt ist, aber auch nur während des Vorhandenseins dieser Eigenschaften. Die Markloſung steht nur dem Markgenossen zu, die Nachbarloſung nur dem Nachbarn. Ist der Berechtigte gestorben, so ist mit ihm

[1]) Glück XVI S. 194.

[2]) Renaud S. 273, 4a und S. 274.

[3]) Seuffert, Näherrecht S. 124/125.

[4]) Gengler S. 170. Beseler S. 399. Gerber S. 473. Stobbe II S. 150. Mittermayer II S. 651, 5. Hillebrandt S. 218.

sein Retraktrecht erloschen. Dieses kann daher nicht vererbt werden. Es kann also wohl der Sohn dieselbe Berechtigung wie sein Vater haben, z. B. den Lehensretrakt auszuüben, aber nicht als sein Erbe, sondern als Abkömmling des ursprünglichen Erwerbers des Lehnsgutes; oder bei der Erblosung steht dem Sohne das Recht zu, aber, wie das Kgl. Obertribunal[1]) anführt, auf Grund seines verwandtschaftlichen Verhältnisses zu dem Veräußerer, unabhängig von der Beerbung seines Vaters. Es wird hier ganz richtig gesagt, daß der Sohn sein Recht nicht erst in dem Augenblicke erwirbt, in dem sein Vater stirbt, sondern, daß seine Geburt schon die Erwerbsursache bildet, daß er durch den Tod seines Vaters nur wegen der bestimmten Reihenfolge der Berechtigten eher und vor anderen zur Ausübung befugt ist; ja, er kann sogar, ohne Erbe seines Vaters zu sein, den Retrakt ausüben.

Wir haben gesehen, daß den gesetzlichen Vorkaufsrechten ein Recht gleichsteht, das nur in einem bestimmten Verhältnisse befindliche Personen ausüben können. Auch hier ist die Vererbung nicht das Maßgebende, sondern die Eigenschaft, die der Berechtigte haben muß, also in dem angeführten Beispiel, daß er Mitglied der bestimmten Familie sein muß. Einer Zession des Retraktrechtes steht die Ausübung durch den Berechtigten im Interesse eines Dritten gleich, daher ist auch sie nichtig[2]). Sonst hätte auch das Verbot der Übertragung keinen Zweck, weil diese leicht durch die Ausübung zugunsten des Dritten ersetzt werden könnte[3]). Keine Übertragung und daher erlaubt ist dagegen der Ver-

---

[1]) O.T.E. XXIII S. 341.

[2]) Stobbe II S. 150. Gerber S. 473. Beseler S. 399 Anm. 2. Glück S. 195. Renaud S. 274.

[3]) Renaud S. 274.

zicht im Interesse eines anderen, auch erst nach ihm Retraktberechtigten, weil dieser die Berechtigung kraft eigenen Rechtes ausübt[1]). Wenn daher von zwei Brüdern der ältere sein Recht dem jüngeren abtritt, so ist dies nur ein Verzicht auf das Recht[2]) und also zulässig. Die gesetzlichen Näher- und Vorkaufsrechte sind also als unvererblich und unübertragbar anerkannt; anders ist es bei den vertragsmäßigen, mit dinglicher Wirkung ausgestatteten Vorkaufsrechten oder, wie die ältere Doktrin sie nannte, den vertragsmäßigen Retraktrechten, denen auch die durch Testament bestellten gleichstehen. Für sie kann man den Grundsatz der Zulässigkeit von Vererbung und Übertragung aufstellen.

Walch[3]), der zwar keinen vertragsmäßigen, aber doch einen testamentarischen Retrakt zuläßt, behauptet von diesem, daß er nicht auf die Erben oder den Singularsuccessor des Berechtigten übergehe; er kommt aber zu dieser unrichtigen Ansicht[4]), weil er für den testamentarischen Retrakt die für den gesetzlichen Retrakt geltenden Grundsätze aufstellt; und da nach diesen ein Übergang nicht stattfindet, läßt er einen solchen auch nicht für den testamentarischen zu. Für das gemeine Recht behauptet Glück von dem testamentarischen Retrakt das Gegenteil[5]): Er ist der Ansicht, daß der Retrakt vererblich und übertragbar sei; er macht aber die Ausnahme, daß etwa von dem Erblasser die bestimmte Person des Berechtigten gewollt ist. Renaud[6]) vergleicht den gesetzlichen und den vertragsmäßigen Retrakt. Den gesetzlichen muß man nach ihm als ein Recht ansehen, das dem zusteht, „der in

[1]) Walch S. 86 Anm. 1. Stobbe S. 150 Anm. 39. Jäger S. 111.
[2]) Renaud S. 273 ff.
[3]) Walch S. 217, 58 und S. 334 ff.
[4]) Vgl. Glück S. 194 Anm. 49.
[5]) Glück S. 193 ff.
[6]) Renaud S. 273.

eigener Person dazu berechtigt ist". Diese Persönlichkeit schreibt er auch dem vertragsmäßigen Retrakte zu, weil meistens gerade die Person des zur Ausübung Berechtigten von Wichtigkeit ist. Deshalb läßt er den Grundsatz der Vererblichkeit und Übertragbarkeit nicht gelten, gibt aber die Möglichkeit einer Vererbung und Übertragung anstrebenden Parteivereinbarung zu.

Allerdings steht das vertragsmäßige Recht von vornherein einer bestimmten Person zu, aber gerade im Gegensatz zum gesetzlichen Retraktrechte, bei dem es nicht auf die Persönlichkeit des Berechtigten ankommt, sondern darauf, daß dieser gewisse Eigenschaften besitzt. Man kann deshalb aus der Unvererblichkeit und Unübertragbarkeit des gesetzlichen Retraktes nicht schließen, daß dies bei dem vertragsmäßigen Rechte ebenso der Fall ist. Denn dort ist es in der Natur des Rechtes begründet, hier aber ist von einem bestimmten Erfordernisse in der Person des Berechtigten nicht die Rede. Trotzdem das Vorkaufsrecht einer bestimmten Person zusteht, ist doch nicht gesagt, daß es nur ihr zustehen soll; man muß vielmehr annehmen, daß das Recht grundsätzlich vererblich ist, daß es aber den Parteien unbenommen ist, die Vererblichkeit auszuschließen. Man hat sich also zunächst danach zu richten, was vertragsmäßig oder testamentarisch vorgeschrieben ist, und erst, wenn eine Vorschrift fehlt, muß man die Vorschriften über den gesetzlichen Retrakt gelten lassen, natürlich auch nur „insoweit sie passen"[1]. Ebenso hat das Kgl. Obertribunal angenommen[2], daß zwar das gesetzliche Retraktrecht unvererblich und unübertragbar ist, aber bei einem auf Vertrag oder auf Testament beruhenden Retrakt die Gestaltung zu einem vererblichen Rechte zulässig

[1]) Seuffert, Retrakt S. 136.
[2]) O.T.E. XXIII S. 342.

ist. Nach einer anderen Entscheidung[1]) wird das Vorkaufsrecht nur für den ersten Berechtigten zugelassen und nur dann soll es vererblich sein, wenn es besonders gesagt ist.

Daß das gemeine Recht, nach dem Muster des römischen Rechts, ein Vorkaufsrecht mit dinglicher Wirkung nicht gekannt hat, ist bereits gesagt. Es kann aber auch das persönliche Vorkaufsrecht nach der Zulässigkeit von Vererbung und Übertragung untersucht werden, da bei diesem die Stellung des Berechtigten dem Verpflichteten gegenüber dieselbe ist wie bei dem dinglichen. Es ist also ein Schluß von dem persönlichen auf das dingliche Vorkaufsrecht gestattet und dies um so leichter, als auch nach jetzigem Reichsrecht die Vorschriften des persönlichen Vorkaufsrechtes auf das dingliche Anwendung finden.

Aus den Quellen kann man eine Antwort auf die Frage, ob Vererblichkeit und Übertragbarkeit möglich ist, nicht erhalten[2]). Glück behauptet von dem vertragsmäßigen Rechte ebenso, wie von dem testamentarischen mit dinglicher Wirkung, wie oben schon erwähnt, die Zessibilität und Vererblichkeit, wenn nichts anderes bestimmt ist[3]). — Man darf das Vorkaufsrecht nicht als ein höchst persönliches Recht auffassen. Für diese Ansicht hat sich das Reichsgericht ausgesprochen[4]), allerdings betreffs des Wiederkaufsrechtes; aber bei diesem muß die Frage nach Vererblichkeit und Übertragbarkeit ebenso entschieden werden, wie bei dem Vorkaufsrecht[5]). Das Vorkaufsrecht gehört zu dem Vermögen des Berechtigten, dem es nur in eigener Person zusteht; bei seinem Tode geht jedoch sein Vermögen und somit

[1]) Seuffert IV Nr. 47.
[2]) Jäger S. 106.
[3]) Glück S. 193 ff.
[4]) R.G.E. X S. 220.
[5]) Jäger S. 108 Anm. 16.

auch das Vorkaufsrecht auf die Erben über. Desgleichen ist das Recht als Vermögensbestandteil auch übertragbar. Dies ist nach allgemeinen Grundsätzen erforderlich, da eine Forderung übertragen werden kann. Es ist somit Vererblichkeit und Übertragbarkeit grundsätzlich zugelassen.

Für die Partikularrechte muß man die dingliche Wirkung anerkennen. Dies beweisen schon das bayerische Landrecht IV 5 § 17 und das württembergische Landrecht II 16. Nach neuerem Rechte war zur Erlangung der Dinglichkeit Grundbucheintragung erforderlich, und erst diese machte das Recht zu einem dinglichen. Man muß mit Stobbe[1]) daher die Anschauung einer Entscheidung des obersten bayerischen Gerichtshofes verwerfen[2]), nach welcher bei der Ausstattung des persönlichen Vorkaufsrechtes mit dinglicher Wirkung gegen Dritte der Vertrag schon diese Wirkung erzeuge, und daß die Eintragung nur zum Zwecke der Sicherung vorgeschrieben sei.

§ 5.

Im Preußischen Allgemeinen Landrechte ist das Vorkaufrecht sehr ausführlich dargestellt. Es ist das persönliche Vorkaufsrecht des römischen Rechts und der gesetzliche Retrakt des deutschen Privatrechts zu einem Rechte verschmolzen und es ist demgemäß gesetzliches und vertragsmäßiges, dingliches und persönliches Vorkaufsrecht an derselben Stelle des Gesetzbuchs (I, 20 §§ 568—657) geregelt. Die zahlreichen gesetzlichen Rechte sind beseitigt worden und es bestanden für das preußische Recht in letzter Zeit nur noch die gesetzlichen Vorkaufsrechte bei der Enteignung, bei dem Bergbau und bei dem Miteigentum.

---

[1]) Stobbe II S. 141 Anm. 5.

[2]) Seuffert, Arch. 32, 43.

Von der Vererblichkeit und Übertragbarkeit der gesetzlichen Vorkaufsrechte gilt dasselbe, was schon früher von den gesetzlichen Retraktrechten gesagt worden ist: Sie gehen nicht auf den Erben über und sind nicht übertragbar. Für das vertragsmäßige oder durch Testament begründete persönliche Vorkaufsrecht hat das A.L.R. I 20 § 570 die Vorschrift gegeben, daß es verdinglicht werden kann, aber gemäß dem im Allgemeinen Landrecht herrschenden Prinzipe der Erkennbarkeit[1]) nur durch die Eintragung in das Hypothekenbuch. Die Verdinglichung findet nur bei unbeweglichen Sachen statt.

Die Übertragbarkeit des Rechtes unter Lebenden wird von dem allgemeinen Landrecht grundsätzlich abgelehnt. § 594 läßt nur eine Übertragung auf andere in eigener Person zum Vorkauf berechtigte zu. Eine Parteivereinbarung, die in anderen Fällen das Recht übertragbar machen will, ist gesetzlich ausgeschlossen[2]). Ebenso gibt das Gesetz dem Verpflichteten ein Mittel, den Berechtigten an der Ausübung des Vorkaufsrechtes zum Vorteile eines anderen zu hindern (§ 595). Betreffs der Vererblichkeit, die nur für das vertragsmäßige Vorkaufsrecht geregelt wird, weil bei dem gesetzlichen den Erben das Recht in ihrer Person schon zusteht[3]), verweist § 596 auf das Wiederkaufsrecht und sagt, daß das Vorkaufsrecht nur dann vererblich ist, wenn dies bei dem Wiederkauf der Fall ist.

Es ergeben sich also für die Vererblichkeit des Vorkaufsrechtes durch Anwendung der Vorschriften über das Wiederkaufsrecht (I 11. § 314—318), die nur Auslegungsregeln und daher abänderbar sind[4]), folgende Grundsätze:

[1]) Förster III S. 365.
[2]) R.G.E. X S. 221.
[3]) Entsch. d. Ob.-Trib. 80 S. 84, 303 ff.
[4]) R.G.E. X S. 221.

Zunächst sind entsprechend § 318 unter Erben sowohl gesetzliche, als auch durch Willensäußerungen berufene Erben zu verstehen. Im allgemeinen gilt Nichtvererblichkeit; denn wenn keine Zeit bestimmt ist, gilt das Recht für die Lebenszeit des Berechtigten (§ 316). Wenn zwar eine Zeitbestimmung gegeben ist, aber so unbestimmt, daß man daraus den Endtermin nicht absehen kann, so ist das Recht ebenfalls nicht vererblich (§ 315). § 314 sagt: „Ist zur Ausübung des Wiederkaufsrechtes eine gewisse Zeit durch Vertrag oder Gesetz bestimmt, so geht dasselbe mit dem Ablaufe dieser Zeit verloren." Es ist hiermit, wie die schon erwähnte Reichsgerichtsentscheidung über das Wiederkaufsrecht, dessen Vorschriften ja hier Anwendung finden, hervorhebt, ein Fall gegeben, in dem das Recht auf die Erben übergeht; denn wenn der Ablauf der Zeit für das Erlöschen maßgebend sein soll, so kann auch der innerhalb der Zeit eintretende Tod des Berechtigten keine löschende Wirkung haben.

Nach § 599, I, 20 ist die Zeitbestimmung im Zweifel nur zugunsten des Besitzers der dem Vorkauf unterworfenen Sache, also zugunsten des Verpflichteten festgesetzt. Dieser kann also vor Ablauf der gewissen Zeit verlangen, daß das Recht ausgeübt werde[1]) und ist somit imstande, den Übergang auf die Erben zu verhindern. Ist jedoch erkennbar, daß zugunsten des Berechtigten die Fristsetzung erfolgt ist (§ 601), so kann der Verpflichtete nicht die Ausübung des Vorkaufsrechtes vor Ablauf der Frist verlangen[2]), und wenn er verkauft, kann der Berechtigte bis zum Ablauf der Frist sein Vorkaufsrecht zur Geltung bringen, und dadurch den Verkauf rückgängig machen. Auch die Erben sind also bis zum Ablauf der Frist auf jeden Fall berechtigt. Es ist

---

[1]) Förster-Eccius III S. 449.

[2]) Förster-Eccius III S. 449.

mit dem Fall der Befristung des Vorkaufsrechtes aber nicht die Vereinbarung zu verwechseln, daß während einer Frist kein Verkauf stattfinden solle[1]), denn hier handelt es sich lediglich um eine Verkaufsbeschränkung. Wenn das Recht besonders auch für die Person des Erben mit bestellt ist, oder wenn erkennbar ist, daß das Recht nicht ein zeitliches, sondern ein dauerndes sein soll, so ist es als vererblich anzunehmen (§ 317 I 11)[2]). Durch Parteivereinbarung kann also das Recht immer vererblich gemacht werden. Nach Geltendmachung des Rechtes durch den Berechtigten ist der Herausgabeanspruch stets vererblich. Nach allgemeinem Landrecht ist es auch möglich, daß das Vorkaufsrecht subjektivdinglich ist[2]). Ein solches Recht ist besonders geregelt für Nachbargrundstücke, die eng mit einander verbunden oder vermischt liegen (§ 651 I 20), während sich im allgemeinen aus der bestehenden Nachbarschaft ein Vorkaufsrecht (§ 650) nicht herleiten läßt. Hiermit ist ausdrücklich die ehemalige Nachbarlosung aufgehoben. Das subjektiv-dingliche Recht haftet an dem Grundstück und kann nur mit diesem gleichzeitig veräußert werden oder auf die Erben übergehen. Ebenso wie das eben erwähnte Vorkaufsrecht wird auch das Näherrecht auf Familiengüter nicht als gesetzliches, sondern nur auf Vertrag oder Testament beruhendes behandelt (II 4 § 227—250). Dieses Vorkaufsrecht steht, wie aus den §§ 240/41 hervorgeht, den Verwandten als solchen zu, Vererblichkeit und Übertragbarkeit kommt demnach auch bei diesem Rechte nicht in Betracht.

Zum Vergleich sei auch das Vorkaufsrecht des Österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuchs herangezogen, auch dieses behandelt in den §§ 1072—1079 das persönliche und ding-

[1]) Fischer, Privatrecht S. 290.

[2]) Vgl. Dernburg, Privatr. I S. 965.

liche Vorkaufsrecht gemeinsam. Ebenso wie das allgemeine Landrecht läßt es das persönliche Vorkaufsrecht durch Eintragung in das Grundbuch zu einem dinglichen werden (§ 1073). Es rechnet das Vorkaufsrecht zu den höchstpersönlichen Rechten[1]); deshalb ist nach ihm Übertragung und Vererbung ausgeschlossen und ein diese Vorschrift abändernder Vorbehalt auch wegen der strikten Form des § 1074 nicht möglich.

Zu erwähnen ist noch die partikularrechtliche Gestaltung des Vorkaufsrechtes in Sachsen. Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch regelt das persönliche und dingliche Vorkaufsrecht in den §§ 1118—1130. § 1127 bestimmt: „In der Regel geht das Vorkaufsrecht zwar gegen die Erben des Verpflichteten, nicht aber auf die Erben des Berechtigten über; auch kann es einem Anderen nicht abgetreten werden". Grundsätzlich ist das Recht also nicht vererblich auf Seite des Berechtigten; jedoch geht aus den Worten „in der Regel" die Zulässigkeit einer die Vererblichkeit festsetzenden Parteivereinbarung hervor. Die Übertragbarkeit kann aber durch Vereinbarung nicht zugelassen werden. —

Bei einem Rückblick auf die Geschichte zeigt sich, daß der Ursprung des dinglichen Vorkaufsrechtes in gesetzlichen Rechten besteht, daß aber doch auch schon früh vertragsmäßig bestellte Rechte vorkommen. Die gesetzlichen haben sich ihrer inneren Natur nach als unvererblich und unübertragbar erwiesen. Bei den vertragsmäßigen Rechten ist Vererblichkeit und Übertragbarkeit bestritten, besonders behaupten die Partikularrechte zum Teil die Persönlichkeit des Vorkaufsrechtes. Dennoch muß man, der herrschenden Meinung entsprechend, die Möglichkeit einer Vererbung und Übertragung anerkennen.

Aus folgendem wird sich ergeben, ob auch das dingliche

---

[1]) Unger I S. 570 Anm. 9.

Vorkaufsrecht der §§ 1094 ff. B.G.B. diese Wirkung haben kann.

II.

§ 6.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch wird das dingliche Vorkaufsrecht als selbständiges Rechtsinstitut behandelt, vollkommen getrennt von dem obligatorischen Vorkaufsrechte im Unterschiede vom A.L.R., welches I 20 §§ 568 -657 dingliches und persönliches Vorkaufsrecht als ein Ganzes gemeinsam regelt. Dieses objektiv-dingliche Vorkaufsrecht, das seine Regelung im Sachenrechte §§ 1094—1104 gefunden hat, ist nur an Grundstücken zulässig; an beweglichen Sachen kann es nicht bestellt werden. Gemäß der Bestimmung des § 1017 Abs. 1 B.G.B., wonach für das Erbbaurecht die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften Anwendung finden, kann auch an einem solchen ein Vorkaufsrecht bestellt werden. Außerdem ist das Vorkaufsrecht an ideellen Anteilen von Grundstücken und Erbbaurechten zulässig (§§ 1095, 1017 B.G.B.), oder, wie das Bürgerliche Gesetzbuch sich ausdrückt, an Bruchteilen derselben, aber nur dann, wenn sie Miteigentümern zustehen. Hier handelt es sich also nur um eine Teilung des Rechtsverhältnisses.

Bevor die Frage, ob Vererbung und Übertragung zulässig ist, entschieden wird, muß erst auf das Wesen des dinglichen Vorkaufsrechtes eingegangen werden.

Das dingliche Vorkaufsrecht besteht niemals für sich allein, es ist immer auch mit einem persönlichen Vorkaufsrechte verbunden[1]), ja es ist im Grunde gar kein anderes Recht wie das persönliche Vorkaufsrecht, es stellt sich nur als die Regelung einer möglicherweise eintretenden Verding-

[1]) Planck III S. 414. Crome III S. 570.

lichung des persönlichen Vorkaufsrechtes dar[1]). Wir finden hier denselben Vorgang wie bei dem Pfandrecht, wo ebenfalls die Obligation durch Verdinglichung gesichert wird. Im übrigen gelten bei dem dinglichen Vorkaufsrecht für das Verhältnis zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten, die Vorschriften über das persönliche Vorkaufsrecht (§ 1098 B.G.B.) und zwischen dem Berechtigten und dem Dritten finden die Vorschriften über die Vormerkung Anwendung (§ 1098 Abs. 2 B.G.B.). Es kann daher durch ein persönliches Vorkaufsrecht in Verbindung mit einer Vormerkung nach § 883 B.G.B. derselbe Erfolg, nämlich dingliche Wirkung, erzielt werden, wie durch ein dingliches Vorkaufsrecht[2]). Nur aus dem Vertrage ist zu entnehmen, welches Recht gewollt ist. Gleichwohl bestehen zwischen beiden Rechten Unterschiede, so kann z. B. das dingliche Vorkaufsrecht im Gegensatz zu dem durch Vormerkung gesicherten persönlichen Vorkaufsrechte für mehrere oder alle Fälle bestellt werden. Nach Turnau-Förster[3]) ist die Verbindung von persönlichem Vorkaufsrecht und Vormerkung nicht allgemein zulässig. Es kann nach ihrer Ansicht eine Vormerkung nur dann eingetragen werden, wenn nach dem Willen der Parteien eine Verpflichtung zur Bestellung eines dinglichen Rechts besteht. Dem ist jedoch nicht beizustimmen; der Anspruch kann sowohl dinglich, wie auch obligatorisch sein, jedes obligatorische Vorkaufsrecht an einem Grundstücke kann durch eine Vormerkung gesichert werden[4]). Die Konstruktion des dinglichen Vorkaufsrechtes ist äußerst bestritten. In der Hauptsache stehen sich drei verschiedene Ansichten gegenüber. Nach der einen ist das Vorkaufsrecht ein bedingtes Aneignungsrecht, nach einer

[1]) Staudinger III S. 194.

[2]) Scherer III S. 229. Reichel S. 93 ff. Endemann II S. 695.

[3]) Turnau-Förster I S. 471.

[4]) Planck III S. 414.

anderen ein Veräußerungs- oder Belastungsverbot, das die Sperrung des Grundbuchs zur Folge hat; die dritte Ansicht läßt das Vorkaufsrecht als eine Belastung des Grundstücks erscheinen und wird von den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch vertreten: „Die einfachste Art der Verdinglichung des obligatorischen Vorkaufsrechtes scheint dessen Konstruktion als Grundstücksbelastung zu sein“[1]). Das dingliche Vorkaufsrecht als bedingtes Aneignungsrecht zu konstruieren, ist falsch. Ein solches Recht hat das Bürgerliche Gesetzbuch in dem obligatorischen Wiederkaufsrecht mit feststehendem Preise geregelt; jede Dinglichkeit aber, d. h. also die Entstehung eines durch Eintragung dinglich werdenden Wiederkaufsrechtes an Grundstücken, hat das Reichsrecht ausgeschlossen, weil dieselben wirtschaftlichen Gefahren dadurch entstehen, wie durch das nicht gestattete dingliche Vorkaufsrecht mit im voraus fest bestimmtem Preise[2]). Jedoch ist auch hier die Eintragung einer Vormerkung nach § 883 B.G.B. gestattet. Das Landesrecht, z. B. in Preußen (Art. 29 Pr.A.G. zum B.G.B.) läßt ein dingliches Wiederkaufsrecht zu, aber nur für den Fall, daß es sich um Rentengüter handelt. Diese Bestimmung ist durch Artikel 62 E.G. zum B.G.B. aufrecht erhalten. — Auch kann das dingliche Vorkaufsrecht nicht als ein von der Obligation abstrahiertes dingliches Recht bezeichnet werden, da ja die Vorschriften über das obligatorische Vorkaufsrecht bestehen bleiben[3]). Das Vorkaufsrecht enthält für den Verpflichteten auch nicht eine einfache Einschränkung in seinem Rechte, was aus der Eintragung, die im Grundbuch vorgenommen wird, ersichtlich ist. Das Vorkaufsrecht wird nicht unter den Verfügungs-

[1]) Mot. III S. 450. Vgl. Mot. III S. 457.

[2]) Mot. III S. 451 ff.

[3]) Staudinger III S. 194.

beschränkungen, d. h. Veräußerungs- und Belastungsverboten, eingetragen[1]), sondern unter den Lasten, an derselben Stelle wie eine Hypothek oder Reallast. Eine Sperrung des Grundbuchs tritt keineswegs ein, da es ja dem Verpflichteten frei steht, dasselbe Grundstück, auf dem schon das Vorkaufsrecht ruht, z. B. mit einer Reallast zu belasten, oder es zu verkaufen, allerdings mit dem Vorkaufsrechte belastet[2]). Eine Schmälerung des Berechtigten durch andere Belastungen findet nicht statt, da ja die Festsetzung eines bestimmten Kaufpreises im voraus nicht zulässig ist (§ 505 Abs. 2, 1098 B.G.B.) und daher der Kaufpreis immer in gleiches Verhältnis zu dem Grundstückswert, der durch die Belastung geringer wird, gebracht werden kann[3]). Das auf ein Grundstück radizierte Vorkaufsrecht bildet somit eine Grundstücksbelastung[4]), wie sich ja auch § 1094 B.G.B. ausdrückt.

Als eine solche entsteht es nur durch Einigung und Eintragung (§ 873 B.G.B.). Durch letztere wird erst die dingliche Wirkung erzeugt. Ein Vertrag über die Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechtes bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§ 313 B.G.B.). — Ein anderes Vorkaufsrecht, das jedoch nicht der Eintragung bedarf, ist das gesetzliche Vorkaufsrecht der Miterben unter einander (§ 2034 B.G.B.). Hier steht den Miterben das Vorkaufsrecht aber nicht an einzelnen Sachen, sondern nur an den Erbschaftsanteilen zu. Die Wirkung gegen Dritte ist durch das Gesetz vorgeschrieben (§ 2035 B.G.B.). Diese Wirkung gegen Dritte wird oft als Dinglichkeit bezeichnet und damit dem Begriff Dinglichkeit eine doppelte Bedeutung gegeben.

[1]) Staudinger III S. 194.
[2]) Turnau-Förster I S. 472.
[3]) Mot. III S. 451.
[4]) Planck III S. 414. Endemann II S. 694.

So bezeichnen auch z. B. Planck[1]) und Enneccerus-Lehmann[2]) dieses Recht als ein dingliches Recht. Dies muß aber, wie Binder[3]) richtig bemerkt, vermieden werden. Obgleich in dem gesetzlichen Vorkaufsrechte der Miterben der letzte Überrest des alten Retraktrechtes, eines dinglichen Rechtes, zu finden ist, — im übrigen eine merkwürdige Fügung, da auch die Entstehung des Retraktes in dem Erbrecht, in der Erblosung, liegt, — so ist es trotzdem obligatorischer Natur[4]). Die Vorschriften über das dingliche Vorkaufsrecht finden keine Anwendung, da es sich bei diesem nur um eine Grundstücksbelastung handelt, wogegen die allgemeinen Bestimmungen der §§ 504—514 B.G.B. sich auch auf das gesetzliche Vorkaufsrecht der Miterben beziehen. Binder[3]) bemerkt hierbei: „In Wahrheit liegt ein gesetzliches Forderungsrecht gegen den Erwerber des Erbteils vor. Die Nachlaßverbindlichkeiten belasten ihn ja auch, ohne deshalb dingliche Rechte zu sein" und Endemann[5]) führt aus: „Es ergreift den Anteil eines Miterben; dieser Anteil zur gesamten Hand kann aber nicht wie der Bruchteil des Miteigentümers an einem Grundstücke den Gegenstand eines dinglichen Rechtes bilden."

Das Bürgerliche Gesetzbuch regelt nur dieses eine gesetzliche Vorkaufsrecht; an Grundstücken ist ein gesetzliches Vorkaufsrecht nicht zugelassen. Andere, und zwar solche, die dem Berechtigten an einzelnen Sachen zustehen, sind der Landesgesetzgebung vorbehalten. Diese zum größten Teil seit dem Gesetz vom 2. März 1850 wieder bestehenden Vorkaufsrechte[6]) beziehen sich auf das Bergrecht (Allg. B.G.

[1]) Planck V S. 181 Bem. 1.
[2]) Enneccerus-Lehmann II S. 517.
[3]) Binder III S. 124 Anm. 122.
[4]) Binder III S. 124.
[5]) Endemann II S. 693 Anm. 5.
[6]) Vgl. Turnau-Förster I S. 471.

vom 24. Juni 1865 § 141 Abs. 2), das Enteignungsrecht (pr. Ges. über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. Juni 1874 §§ 44, 57 Abs. 2 und 3, Sächs. E.G. vom 24. Juni 1902), das Anerbenrecht (Ges. betr. das Anerbenrecht bei Renten- und Ansiedelungsgütern vom 8. Juni 1896 § 27), u. a. selbständige Gerechtigkeiten (z. B. Ges. betr. die Beförderung der Errichtung von Rentengütern vom 7. Juni 1891), Bestimmungen, die aufrecht erhalten sind durch Art. 58, 59, 62, 63, 64, 67, 68, 109, 196, E.G. zum B.G.B., während die gesetzlichen Vorkaufsrechte bei der Gemeinschaft und bei dem Miteigentum, wie es in Bayern bestand[1]) (Bayer. Landtagsabschied vom 10. November 1861) durch das Reichsrecht beseitigt sind (Art. 173, 181 E.G. zum B.G.B.).

Es sei zum Vergleich auch auf das französische Recht hingewiesen. Ein obligatorisches Vorkaufsrecht ist im Code civil nicht geregelt, eine darauf zielende Verabredung ist mithin nach den allgemeinen Vorschriften über unbenannte Verträge zu behandeln[2]); eine Verdinglichung ist ausgeschlossen. Dagegen ist ein gesetzliches Vorkaufsrecht erwähnt, während das frühere Recht deren mehrere kannte. Art. 841 Code civil behandelt das gesetzliche Vorkaufsrecht der Miterben, ebenso wie das Bürgerliche Gesetzbuch.

§ 7.

Die Vererblichkeit auf Seite des Vorkaufsverpflichteten ist von jeher anerkannt worden[3]), auch findet sich dies in neueren Gesetzbüchern ausgesprochen, so im Preuß. A.L.R. I, 20 § 569 und im Sächs. B.G.B. § 1127. Dasselbe folgt aus dem Österreichischen B.G.B. § 1074, wo es ausdrücklich

[1]) Staudinger III S. 193.

[2]) Zachariae-Crome II S. 469.

[3]) Jäger S. 105.

heißt: „Auch kann das Vorkaufsrecht weder an einen Dritten abgetreten, noch auf die Erben des Berechtigten übertragen werden". Doch wird auch die entgegengesetzte Ansicht vertreten. Es wird dafür angeführt[1]), daß auf seiten des Verpflichteten Vererbung nur stattfindet, wenn eine dahin gehende Absicht deutlich erkennbar ist, oder wenn es auf die Person des Verpflichteten nicht ankommt, oder das Recht den Erben mit bestellt ist. Übertragbarkeit hat man nach den Grundsätzen von der Schuldübernahme, die im Römischen Recht nicht zugelassen war, gestattet; sie wurde aber erst gültig, wenn der Berechtigte seine Einwilligung gab[2]).

Für das Bürgerliche Gesetzbuch sagen die Motive, daß die Erben des Vorkaufsverpflichteten verpflichtet bleiben, wenn nichts Anderes festgesetzt ist[3]). Dies muß man, wie die Motive hier anführen, aus der Vorschrift des § 292 des Entw. I entnehmen, nach welchem die Pflichten des Schuldners auch auf seine Erben übergehen. § 292 lautet: „Das Schuldverhältnis erlischt nicht durch den Tod des Gläubigers oder des Schuldners, es sei denn, daß aus dem Gesetze oder aus dem Rechtsgeschäfte oder aus der Natur der Leistung ein anderes sich ergibt". Wenn dies von den Motiven auch nur für das Obligationenrecht gesagt ist, so hat diese allgemeine Vorschrift doch auch für das Sachenrecht Geltung. § 1097 B.G.B. selbst schließt die Erben des Verpflichteten mit ein, gleichgültig, ob das Vorkaufsrecht für alle oder mehrere Verkaufsfälle oder nur für den ersten besteht, denn es gehört ja diese Pflicht mit zu dem Vermögen des Verpflichteten und bei seinem Tode geht sie also wie das andere Vermögen auf die Erben über nach § 1922 B.G.B.[4]). Es kommt auch

[1]) Seuffert IV Nr. 47.

[2]) Windscheid II S. 302.

[3]) Mot. II S. 351.

[4]) Ebenso Immerwahr S. 297.

gar nicht auf die Persönlichkeit des Verpflichteten an, denn für den Berechtigten ist es ohne Interesse, ob er das Vorkaufsrecht ausübt gegenüber seinem Vertragsgegner oder dessen Erben. Man geht also nicht fehl, wenn man für die aus der Einräumung des Vorkaufsrechtes entspringende Verpflichtung den Grundsatz unbeschränkter Vererblichkeit aufstellt.

§ 8.

Einen gleichen Grundsatz für die Übertragbarkeit kann man indessen nicht aufstellen. Hier gestaltet sich die Sachlage anders. Immerwahr führt a. a. O. in diesem Punkte sehr richtig aus: „War das Veräußerungsgeschäft ein Kauf, so ist die Bedingung eingetreten und der Anspruch auf Ausübung des Vorkaufsrechtes fällig geworden. War es aber ein anderweitiges Rechtsgeschäft, so ist die Bedingung dauernd vereitelt und dadurch das Vorkaufsrecht beseitigt." Es ist nämlich das Vorkaufsrecht nur zulässig bei einem Verkauf (§ 504 in Verbindung mit 1098 B.G.B.), mit Ausnahme des Verkaufs im Wege der Zwangsvollstreckung, außerdem auch bei dem obligatorischen Vorkaufsrecht mit Ausnahme des Verkaufs durch den Konkursverwalter überhaupt, bei dem dinglichen, wenn der Verkauf durch Versteigerung geschieht. Auch hier ist, und zwar hinsichtlich der Zwangsversteigerung, der Landesgesetzgebung Spielraum gelassen[1]). Wenn nämlich vertragsmäßige Vorkaufsrechte eingetragen waren, so konnten sie nach dem Preußischen Zwangsversteigerungsgesetz von 1883 § 67 bei der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks zur Geltung gebracht werden. Nach Art. 184 E.G. zum B.G.B. werden solche Vorkaufsrechte noch nach Landesrecht beurteilt. — Nicht dagegen ist das Vorkaufsrecht zulässig bei einer Schenkung, einem Tausch

[1]) Turnau-Förster I S. 473.

oder bei der Vererbung. Aus diesem letzteren Grunde kann auch das Vorkaufsrecht regelmäßig nicht ausgeübt werden bei einem Verkauf, „der mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht an einen gesetzlichen Erben erfolgt," also bei dem sog. Kindskauf § 511 B.G.B. Denn dieser ist nicht als Kauf aufzufassen, sondern als eine Regelung der Erbfolge zu Lebzeiten des Erblassers[1]). Hierher gehört besonders der Fall, in dem ein Bauerngut dem Anerben käuflich überlassen wird[2]). Immerwahr macht a. a. O. mit Recht darauf aufmerksam, daß auch bei dem Kindskaufe der Erbe verpflichtet bleiben kann, nämlich für den Fall, daß das Vorkaufsrecht nach § 1097 B.G.B. sich auf mehrere oder alle Verkaufsfälle erstreckt. Hier kann dann der Berechtigte bei einem Verkauf durch den Erben sein Vorkaufsrecht zur Anwendung bringen.

Geht also das Grundstück auf andere Weise als durch Verkauf auf den Dritten über, also z. B. schenkweise, so kann der Verkaufsberechtigte weder von dem Verpflichteten noch von dem Dritten das Grundstück zurückverlangen. Die Veräußerung braucht jedoch nicht nur, wie Immerwahr sagt, ein anderweitiges „Rechtsgeschäft" zu sein, es ist auch der Fall möglich, daß dem Verpflichteten das Grundstück im Wege der Enteignung entzogen wird. Auch dann geht das Vorkaufsrecht verloren.

Das dingliche Vorkaufsrecht als solches ist nur bei der Veräußerung eines Grundstückes anzuwenden, aber ein ihm ähnliches nach denselben Vorschriften geregeltes Recht kann man einräumen, wenn es sich z. B. um eine Miete handelt. Für einen Mieter hat es oft ebenso einen praktischen großen Wert, ein Vorzugsrecht zu erhalten[3]). Man kann daher auch

[1]) Ebenso Immerwahr S. 297 ff.

[2]) Cosack I S. 466.

[3]) Prot. I. Lesg. S. 3753. Mot. III S. 449.

von einer Vormiete sprechen[1]). Desgleichen ist auch ein Vorpachtrecht möglich. — Wir sehen im Anschlusse an die oben angeführten Worte Immerwahrs, daß bei einer Übertragung die Sondernachfolger des Verpflichteten nicht mit verpflichtet werden. Wenn aber der Verpflichtete, obgleich der Berechtigte sein Vorkaufsrecht geltend machen will, dennoch verkauft, so ist nicht nur er, sondern wegen der Dinglichkeit des Rechtes auch der Käufer verpflichtet. — Die Unübertragbarkeit gilt nur, wenn das Vorkaufsrecht, wie es die Regel ist, auf den ersten Verkaufsfall beschränkt ist. Wenn es dagegen nach § 1097 Satz 2 B.G.B. für mehrere oder alle Verkaufsfälle ausdrücklich bestellt ist, also als ein wiederholentliches oder sogar immerwährendes Vorkaufsrecht, so sind die Rechts- oder Sondernachfolger in gleicher Weise verpflichtet wie der Besteller des Rechtes selbst[2]), d. h. die Verpflichtung besteht für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks.

Auch aus § 514 B.G.B., bei dem es sich um das Vorkaufsrecht auf den ersten Verkaufsfall handelt, ergibt sich, daß die Verpflichtung nicht abgetreten werden kann, daß sie aber vererblich ist, denn es heißt allgemein: „Das Vorkaufsrecht ist nicht übertragbar", das Gesetz fährt aber fort: „und geht nicht auf die Erben des Berechtigten über." Die Vererbung auf Seite des Verpflichteten ist also zugelassen.

Wenn der Verpflichtete eine juristische Person ist, so hört die Verpflichtung nur mit der juristischen Person selbst zu bestehen auf, soweit nicht ein sonstiger Erlöschungsgrund für das Vorkaufsrecht eingetreten ist[3]). Von einer Ver-

---

[1]) Bruck, Vormiete, im Archiv für Bürgerliches Recht Bd. XX. Berlin 1902.

[2]) Fischer § 1097 Anm. 3.

[3]) Immerwahr S. 297.

erbung kann naturgemäß nicht die Rede sein, und was eine Übertragung anbelangt, so gilt dasselbe wie bei einer natürlichen Person. Das dem Dritten durch den Kauf des Grundstückes an diesem zustehende Recht ist nach allgemeinen Grundsätzen (§ 1922 B.G.B.) vererblich. Übertragung ist zulässig, wenn das Vorkaufsrecht nur für den ersten Verkaufsfall bestellt war, denn hier ist dieses durch den stattgefundenen Kauf erloschen. Ist es dagegen für mehrere Verkaufsfälle bestellt, so ist das Recht des Dritten nicht frei übertragbar, sondern durch die Vorkaufsbefugnis des Berechtigten eingeschränkt. — Das Recht, das der Vorkaufsberechtigte durch Ausübung des Vorkaufsrechtes, d. h. durch Erklärung gegenüber dem Vorkaufsverpflichteten, das Recht ausüben zu wollen, erlangt, ist selbstverständlich vererblich und übertragbar.

Der eigentliche Zwiespalt in den Ansichten über Vererblichkeit und Übertragbarkeit erstreckt sich nur auf die aktive Seite des Vorkaufsrechtes, also auf das Recht im Gegensatz zur Verpflichtung. Es handelt sich darum, ob die Berechtigung nur dem ersten Vorkaufsberechtigten oder auch dessen Rechts- oder Sondernachfolger zusteht.

§ 9.

Das dingliche Vorkaufsrecht ist seinem Wesen nach in zwei Arten zu scheiden, in das subjektiv-persönliche und das subjektiv-dingliche, eine Trennung, die auch bei anderen dinglichen Rechten zu finden ist; so tritt diese Unterscheidung bei der Reallast auf (§ 1105 B.G.B.) und bei den Dienstbarkeiten, die in die persönlichen Dienstbarkeiten mit nochmaliger Teilung in Nießbrauch und beschränkt-persönliche Dienstbarkeiten, und Grunddienstbarkeiten zerfallen. Das gewöhnlich angewendete Vorkaufsrecht ist das subjektiv-persönliche, bei dem eine bestimmte Person berechtigt ist; bei dem subjektiv-dinglichen erfolgt die Belastung zu Gunsten

des jeweiligen Eigentümers eines Grundstückes, dem auch hier ein Erbbauberechtigter gleichsteht (§ 1017 Abs. 1 B.G.B.).

Der Fall der dinglichen Subjektivität wird bei der Frage nach der Vererblichkeit und Übertragbarkeit des Vorkaufsrechtes auf Seite des Berechtigten ausscheiden, da hier das Recht nicht an einer Person hängt, sondern an dem Grundstück, dessen jeweiliger Eigentümer nur das Recht ausübt. Zur Ausübung ist auch ausschließlich der Eigentümer berechtigt, nicht wie bei der Grunddienstbarkeit der, dem die Benutzung des Grundstückes zusteht. Das Recht geht also in diesem Falle bei dem Tode des Berechtigten oder bei einer Veräußernng oder sonstigen Übertragung des Grundstückes durch den Berechtigten von selbst mit dem Grundstücke auf dessen nächsten Eigentümer über. Es kann nur gemeinsam mit dem Grundstücke Gegenstand der Vererbung und Übertragung sein, und eine Trennung, wie etwa Veräußerung des Grundstückes, aber Beibehaltung des Vorkaufsrechtes ist nicht möglich[1]).

§ 10.

Es kommt hier demnach nur der Fall des subjektiv-persönlichen Vorkaufsrechtes in Betracht. In § 1094 Abs. 1 B.G.B. muß aber noch ein Unterschied gemacht werden. Es heißt nämlich dort nur, daß derjenige vorkaufsberechtigt ist, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt. Diese Person, der das Recht zusteht, kann aber bestimmt oder auch nur bestimmbar sein. Dieser letztere Fall tritt z. B. ein, wenn die Deszendenz einer bestimmten Person[2]), oder vielleicht das jedesmal älteste Mitglied einer bestimmten Familie berechtigt ist. Hier in diesen Fällen ist von vornherein gesagt, daß es auf die Person des Berechtigten nicht ankommt; es ist

[1]) Müller-Meikel I S. 839.

[2]) Vgl. Immerwahr S. 303.

eine bestimmte Art von Personen, nicht eine bestimmte einzelne Person berechtigt, jeder folgende Berechtigte tritt von selbst in diese Stellung des Vorhergehenden ein. Man kann daher von Vererblichkeit und Übertragbarkeit nicht sprechen. Ist dagegen die Person eine bestimmte, wie es in der Regel der Fall ist, so bleibt die Frage offen, ob es hier auf die Persönlichkeit des Berechtigten ankommt, oder ob eine Erweiterung des Rechtes durch Übertragung und Vererbung möglich ist. — Wenn eine juristische Person berechtigt ist, so bleibt sie dies, ebenso wie sie im Falle der Verpflichtung verpflichtet bleibt, so lange wie sie besteht, mit der Ausnahme eines schon vorherigen Erlöschungsgrundes der Berechtigung. Auch hier kann eine Vererbung nicht stattfinden und eine Übertragung richtet sich nach den Grundsätzen der Übertragbarkeit bei einer natürlichen Person.

Ehe das Bürgerliche Gesetzbuch ins Leben trat, war man sich über die Zulassung von Vererbung und Übertragung nicht einig. Aber auch das Bürgerliche Gesetzbuch hat keine völlige Klarheit in die Sachlage gebracht, und in der neuesten Literatur ist dies eine viel erörterte Streitfrage geblieben. Zuzugeben ist, daß bei dem Grundsatze der Unvererblichkeit und Unübertragbarkeit des Vorkaufsrechtes (§§ 514, 1098 B.G.B.), dieses in der Regel nur von der Person ausgeübt wird, für die es ursprünglich bestellt ist. Daraus folgt aber noch keineswegs, daß das Vorkaufsrecht ein höchstpersönliches Recht ist, wie etwa das Mitgliedschaftsrecht bei Vereinen (§ 38 B.G.B.) oder das Recht auf Schmerzensgeld nach § 847 B.G.B, oder wie die gemäß dem Strafgesetzbuch zuzuerkennende Buße (St.G.B. § 186, 187, 188, 231), welche durch Strafprozeßordnung § 444 Abs. 4 ausdrücklich als unvererblich bezeichnet wird und welche selbst dann nicht auf den Erben übergeht, wenn der Anspruch, wie es § 847 B.G.B. für Vererbung und Übertragung

regelt, durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist. Diese Rechte sind nach ihrer inneren Natur von vornherein an eine bestimmte Person gebunden[1]). Die Motive wollen aber auch für das durch Vertrag begründete Vorkaufsrecht die höchstpersönliche Natur. Dieses dient nach ihnen nur persönlichen Interessen[2]). Es kann jedoch dieser Annahme nicht beigepflichtet werden. Wenn das Vorkaufsrecht auch meistens zur Befriedigung der Interessen einer bestimmten Person bestellt ist, so ist doch nicht die Persönlichkeit des Berechtigen das maßgebende dabei, sondern das Interesse an dem Bestehen des Rechts, und dieses kann z. B. ein Erbe oder Sondernachfolger ebensogut haben wie der ursprünglich Berechtigte. Zur Erläuterung diene folgendes Beispiel:

Wenn ein Grundstückseigentümer einen in seinem Hause befindlichen Geschäftsladen vermietet und dem Mieter gleichzeitig ein Vorkaufsrecht an dem Grundstück gewährt, damit im Falle des Verkaufes ein späterer Eigentümer nicht den in günstiger Geschäftsgegend gelegenen Laden kündigt, wird man ohne Zweifel annehmen, daß für den Eigentümer die bestimmte Person des Berechtigten kein Interesse hat, daß letzterer aber ein Interesse daran hat, seinen etwaigen Geschäftsnachfolgern das Recht zu wahren. Warum soll nicht die Möglichkeit hierzu gegeben sein, wenn der Besteller des Vorkaufsrechtes damit einverstanden ist? Hier tritt die Höchstpersönlichkeit nicht hervor. — Es ist auch ein Vorbehalt des Rechtes zugunsten eines anderen gestattet. Dies folgt schon aus den allgemeinen Vorschriften über Verträge zugunsten Dritter (§ 328 B.G.B.), geht aber auch aus § 1094 B.G.B. hervor, der nicht vorschreibt, daß derjenige, zu dessen

---

[1]) Endemann I S. 249.

[2]) Mot. II S. 311. Mot. III S. 453. Prot. II S. 109 ff.

Gunsten die Belastung erfolgt, durchaus nur der Vertragsgegner des Bestellers sein muß. Schon im gemeinen Recht war dies anerkannt[1]), während das allgemeine Landrecht (I, 20, § 595) in einem solchen Falle es dem Käufer freistellte, gerichtliche Entscheidung darüber zu beantragen, d. h. Einwand dagegen zu erheben. Der Dritte, zu dessen Gunsten der Vorbehalt des Vorkaufsrechtes erfolgt, braucht wie der Berechtigte selbst nicht bestimmt zu sein, wenn er nur bestimmbar ist, z. B. wenn der Vorbehalt für die Mitglieder einer bestimmten Familie erfolgt.

Auch die Gründe, die die Motive[2]) gegen die Vererblichkeit angeben, erscheinen nicht überzeugend. Sie führen an, daß durch die Vererblichkeit sich die Befugnis zur Ausübung zu sehr zersplittern würde. Hiermit steht es aber anders, da das Gesetz die Vorschrift gibt (§ 513 B.G.B.), daß Mehrere ein ihnen gemeinschaftlich zustehendes Recht nur im ganzen ausüben können. Es ist natürlich nicht möglich, daß hinsichtlich des Rechts zur Ausübung eine Teilung stattfinde. Die Ausübung „im ganzen" umfaßt sowohl die Ausübung durch die Gesamtheit der Berechtigten, als auch das Verbot, das Vorkaufsrecht nur bezüglich eines Teiles des Grundstückes auszuüben[3]). Wenn einer der Erben „sein Recht nicht ausübt, so sind die Übrigen berechtigt, das Vorkaufsrecht im ganzen auszuüben". Ein Erbe, der z. B. bei einem auf mehrere Verkaufsfälle bestellten Vorkaufsrechte an der Ausübung gerade bei dem gegenwärtigen Verkaufsfall kein Interesse hat, und deshalb das Recht nicht geltend machen will, wird, wenn die Anderen die Ausübung wollen, übergangen. Von einer Zersplitterung kann also nicht die

[1]) Jäger S. 28.
[2]) Mot. III S. 453.
[3]) Müller-Meikel I S. 414.

Rede sein und es muß deshalb von diesem gegen die Vererblichkeit angeführten Grunde abgesehen werden. Ein mehreren gemeinschaftlich zustehendes Vorkaufsrecht ist also nicht nur ein Recht, das den mehreren gleich gemeinsam bestellt sein muß, sondern auch ein solches, das durch Übertragung und Vererbung mehreren zukommt. Eine Vorschrift für den Fall, daß mehrere Vorkaufsverpflichtete vorhanden sind, ist vom Bürgerlichen Gesetzbuch nicht getroffen worden. Man wird, wenn nicht das Gegenteil vereinbart ist, annehmen, daß das Recht jedem Einzelnen gegenüber ausgeübt werden kann[1]).

Die Motive[2]) erwähnen den Vorteil einer vorübergehenden Grundstücksbelastung. Als Ausnahme davon geben sie aber selbst das subjektiv-dingliche und das einer juristischen Person zustehende Vorkaufsrecht zu. Hier ist die Belastung eine dauernde, warum soll sie dann nicht auch durch Parteivereinbarung als eine dauernde festgesetzt werden können, indem Vererblichkeit und Übertragbarkeit zugelassen wird? Nach § 1097 Satz 2 B.G.B. ist die Bestellung des Vorkaufsrechtes für alle Verkaufsfälle für allgemein zulässig erklärt. Eine besondere Vorschrift für das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht und das zu Gunsten einer juristischen Person bestehende ist nicht gegeben. Wenn dies nur Ausnahmen wären, so hätte das Gesetz sie ausdrücklich erwähnen müssen, wie ja auch in § 1103 die Ausnahmen von der Übertragbarkeit, wie unten noch zu erwähnen ist, angeführt sind. Nach den Motiven[3]) kommt die Bestellung für mehrere Verkaufsfälle, wenn der Berechtigte eine natürliche Person ist, weniger in Betracht, aber eben deshalb, weil sie Ver-

---

[1]) Ebenso Oertmann S. 222 Anm. 3.

[2]) Mot. III S. 453. Prot. I. Les. S. 3767.

[3]) Mot. III S. 452.

erblichkeit und Übertragbarkeit nicht anerkennen. Es ist auch gesagt worden, daß von der dauernden Belastung (bei dem subjektiv-dinglichen Vorkaufsrecht und dem zugunsten einer juristischen Person) „eine schädliche Wirkung weniger zu befürchten ist, als von einer anderen dauernden Belastung". Dies ist auch ganz richtig; es erzeugt ja die Belastung mit dem Vorkaufsrechte für den Verpflichteten, solange er das Grundstück behält, keine Einschränkung seines Rechtes, wie etwa bei der Grunddienstbarkeit oder irgend welchen dauernden Leistungen aus dem Grundstücke; erst bei einem Verkauf und nach der Erklärung des Berechtigten, das Vorkaufsrecht ausüben zu wollen, macht sich die Belastung geltend, und auch da nicht in drückender Weise, da wie oben erwähnt, infolge Ausschlusses der Vorherbestimmung des Verkaufspreises ein Geldverlust ausgeschlossen ist: Es steigt und fällt der Verkaufspreis mit dem Werte des Grundstücks. Genau dasselbe muß aber für das vertragsmäßig als vererblich und übertragbar festgesetzte Vorkaufsrecht gelten, denn die Belastung bleibt dieselbe, ob sie zugunsten einer juristischen Person oder des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks besteht oder für die Erben des ursprünglich Berechtigten oder dessen sonstige Rechtsnachfolger. Auch die Protokolle[1]) erwähnen, daß die Ansicht, eine dauernde Belastung mit einem Vorkaufsrecht wirke unbedingt schädlich, jetzt vielfach bestritten wird.

Daß die Ansichten der Kommission über die Frage der Vererblichkeit und Übertragbarkeit verschieden waren, geht sehr deutlich aus den geschriebenen Protokollen der ersten Lesung hervor[2]). Beantragt war nämlich Vererblichkeit. In diesem Antrage heißt es: „Das Vorkaufsrecht kann auch

[1]) Prot. III S. 756.

[2]) Prot. I. Les. S. 3761.

für die Erben des Berechtigten und für die Rechtsnachfolger desselben in dem Eigentum eines Grundstückes bestellt werden". Ein anderer Antrag[1]) verneint dagegen diese Vererblichkeit unter Verweisung auf die Vorschriften des obligatorischen Vorkaufsrechtes; nach § 484 Ziff. 1 Entwurf I ist zur Ausübung des Vorkaufsrechtes nur der Berechtigte in Person befugt. Schließlich sprach man sich gegen Vererblichkeit und Übertragbarkeit aus[2]).

§ 11.

Nach § 1098 B.G.B. finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten die Vorschriften der §§ 504—514 B.G.B., also des blos persönlich wirkenden Vorkaufsrechtes, Anwendung. Es zeigt sich hier, daß dem dinglichen Vorkaufsrecht stets auch ein obligatorisches zugrunde liegt. In § 514 B.G.B. heißt es: „Das Vorkaufsrecht ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben des Berechtigten über, sofern nicht ein anderes bestimmt ist. Ist das Recht auf eine bestimmte Zeit beschränkt, so ist es im Zweifel vererblich". Die Vorschriften des Obligationenrechts sind grundsätzlich dispositiver Natur, d. h. nach Belieben der Parteien abänderbar. Für das Sachenrecht gilt dies nicht: Seine Vorschriften sind jus cogens. Es fragt sich nun, wie die nach § 1098 B.G.B. gebotene Anwendung des § 514 stattfinden soll, ob dieser Paragraph in seiner ganzen Ausdehnung angewendet werden soll oder nicht. Da das Vorkaufsrecht an sich als nicht vererblich und nicht übertragbar festgesetzt ist, handelt es sich also nur darum, ob bei dem dinglichen Recht eine diese Bestimmung abändernde Parteivereinbarung zu-

---

[1]) Prot. I. Les. S. 3766.

[2]) Prot. I. Les. S. 3766, 3767.

läſſig iſt. Da die ſachenrechtlichen Vorſchriften abſoluten Charakters ſind, kann zwar eine Beſchränkung nach dem Willen der Parteien ſtattfinden, dagegen iſt eine beliebige Erweiterung ausgeſchloſſen[1]). Es beſagte urſprünglich § 959 E. I für das dingliche Vorkaufsrecht: „Erweiterungen des Vorkaufsrechtes über den aus den §§ 952—958 ſich ergebenden Umfang hinaus ſind unwirkſam.“ Dieſer Paragraph iſt aber aufgehoben worden, weil ſeine Vorſchrift als ſelbſtverſtändlich für die dinglichen Rechte und daher als überflüſſig angeſehen wurde[2]). Im Sachenrechte dürfen die Parteien, wie Planck[3]) ſagt, „das Rechtsverhältnis nur, ſoweit es ausdrücklich erlaubt iſt, frei ordnen“. Ein ſolcher Fall zuläſſiger Parteivereinbarung iſt z. B. im § 1108 B.G.B. für die Reallaſt gegeben, wo es heißt, daß der Eigentümer perſönlich haftet, ſoweit nicht ein Anderes beſtimmt iſt, und ein ſolcher Fall liegt auch hier bei dem dinglichen Vorkaufsrechte vor.

Die an ſich dispoſitiven Vorſchriften der §§ 504—514 B.G.B. erlangen bei der Anwendung auf das dingliche Vorkaufsrecht abſoluten Charakter, d. h. ſie werden ius cogens; jede einzelne Vorſchrift gilt alſo als zwingend ihrem ganzen Umfang und Inhalt nach, und § 514 mit ſeiner zuläſſigen Parteivereinbarung muß voll und ganz angewendet werden. Wenn hiermit die freie Regelung der Parteien inbetreff der Vererblichkeit und Übertragbarkeit, die natürlich der Eintragung ins Grundbuch bedürfen, bei der Beſtellung oder ſpäter[4]) auf Grund des § 877 B.G.B. geſtattet iſt, ſo iſt darin durchaus keine Erweiterung der ſachenrechtlichen Vor-

[1]) Mot. III S. 451. Planck III S. 414.
[2]) Prot. III S. 765.
[3]) Planck III S. 419.
[4]) Planck III S. 421.

schriften zu erblicken. Im Gegenteil, die Ausschließung der Parteivereinbarung würde gegen die absolute Natur des § 514 in Verbindung mit § 1098 sein. Das Gesetz begnügt sich mit einer auf das obligatorische Vorkaufsrecht verweisenden Vorschrift und gibt damit zu erkennen, daß die Regelung der Vererblichkeit und Übertragbarkeit bei dem persönlichen Vorkaufsrechte auch für das dingliche gelten solle. Wenn die Zulassung der Parteivereinbarung: „sofern nicht ein anderes bestimmt ist" für das Sachenrecht nicht in Betracht kommen sollte, dann hätte in dem § 1098 B.G.B. besonders darauf hingewiesen werden müssen, wie in diesem Paragraphen ja auch eine andere Ausnahme von den Bestimmungen der §§ 504—514 gemacht ist, nämlich eine Einschränkung des § 512, indem das Vorkaufsrecht bei Verkauf des Grundstückes aus freier Hand seitens des Konkursverwalters im Unterschiede vom Obligationenrecht ausgeübt werden kann. Oder es hätte eine absolute Vorschrift aufgenommen werden müssen, die keine Vereinbarung zuläßt, wie dies bei dem Nießbrauch (§§ 1059 und 1061), bei der beschränkt-persönlichen Dienstbarkeit (§§ 1090, 1061, 1092) und bei dem Erbbaurecht (§ 1012) geschehen ist, indem Nießbrauch und beschränkt-persönliche Dienstbarkeit ohne weiteres als unvererblich und unübertragbar, das Erbbaurecht als vererblich und übertragbar geregelt ist. Ebenso ist auch für die Reallast (§ 1111 Abs. 2) als Ausnahme von der gewöhnlich stattfindenden Übertragbarkeit und Vererblichkeit die Nichtzulassung der Übertragung besonders festgesetzt, nämlich für den Fall, daß der Anspruch auf die einzelne Leistung nicht übertragbar ist. — Soweit das Vorkaufsrecht nicht übertragbar ist, kann es auch nicht belastet und gepfändet werden. Ein Pfandrecht kann an dem Rechte nicht bestellt werden nach § 1274 Abs. 2, und sonst kann als Belastung nur der Nießbrauch in Betracht

kommen[1]), für den die betreffende Vorschrift durch § 1069 Abs. 2 gegeben ist.

§ 12.

In der Literatur stehen sich hauptsächlich zwei Ansichten gegenüber, die eine, die Vererblichkeit und Übertragbarkeit zuläßt, die andere, die beides verneint; aber auch die Vertreter letzterer Ansicht stimmen in einem Punkte, wie wir noch sehen werden, nicht überein.

Cosack[2]) sagt: „Das dingliche Vorkaufsrecht, welches einer individuell bestimmten Person zusteht, ist, wenn nicht das Gegenteil festgesetzt wird, unveräußerlich und unvererblich." Nach Turnau-Förster[3]) ist „dadurch, daß § 1098 den § 514 als maßgebend für das Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten erklärt, auch für das dingliche Vorkaufsrecht die Bestimmung, daß es vererblich und veräußerlich sein solle, gestattet". Planck[4]) führt aus, daß das dingliche Vorkaufsrecht, ebenso wie das obligatorische Vorkaufsrecht in der Regel nicht vererblich und nicht übertragbar ist, daß aber eine Parteivereinbarung getroffen werden könne, nach welcher Vererbung und Übertragung zulässig sei.

Ebenso[5]) läßt Männer Vererblichkeit und Übertragbarkeit zu, wenn sie vereinbart ist, und mit ihm auch[6])

---

[1]) Vgl. Fuchs I S. 356.

[2]) Cosack II S. 317.

[3]) Turnau-Förster I S. 479.

[4]) Planck III S. 421.

[5]) Maenner S. 260.

[6]) Biermann S. 174. Crome III S. 574. Dernburg II, 2 S. 94 u. Anm. 1. Strecker S. 51. Fischer § 1103 Anm. 3. Oberneck I S. 599 Note 9. Matthiaß II S. 113. Fuchs I S. 356. Kuhlenbeck II S. 201. Katz S. 44.

Biermann, Crome, Dernburg, Strecker, Fischer, Oberneck, Matthiaß, Fuchs, Kuhlenbeck, Katz u. a. In demselben Sinne hat sich das Kammergericht[1]) ausgesprochen in einer Entscheidung vom 17. Februar 1905.

Gegen diese herrschende Meinung haben sich einige Stimmen erhoben. So hält Immerwahr die Anwendung des § 514 B.G.B. in seiner ganzen Ausdehnung für eine Buchstabeninterpretation[2]). Nach seiner Behauptung ist die in der an sich schon dispositiven Vorschrift des § 514 befindliche ausdrücklich ausgesprochene Parteivereinbarung nur ein die Deutlichkeit verstärkender Zusatz, der nichts Neues besage und deshalb eigentlich überflüssig sei. Infolgedessen könnte er, da er auf den Inhalt des Rechts keinen Einfluß ausübe, für das dingliche Recht nicht in Anwendung kommen. Immerwahr will auch aus den Motiven[3]) einen Beweis für seine Ansicht erbringen. Diese können aber, obgleich sie die Unvererblichkeit und Unübertragbarkeit des dinglichen Vorkaufsrechts ausdrücklich aussprechen, nicht als maßgebend erachtet werden[4]), denn sie führen als Beleg aus den Vorschriften des Obligationenrechts die §§ 486, 487, 1 E I an; darnach war auch das obligatorische Vorkaufsrecht unübertragbar und unvererblich, eine Parteivereinbarung war nicht besonders erwähnt. Die angeführten Paragraphen lauten: § 486: „das Vorkaufsrecht kann auf einen anderen nicht übertragen werden" und § 487, 1: „Das Vorkaufsrecht erlischt mit dem Tode des Berechtigten." Allerdings ist die dispositive Natur durch die Motive[5]) hervorgehoben, aber gerade aus dem Umstande, daß die zulässige Parteiabrede

[1]) Rechtsprechung d. O.L.G. 1905 Nr. 7 S. 122.
[2]) Immerwahr S. 291.
[3]) Mot. III S. 453/456.
[4]) Meisner III S. 200 Anm. 1.
[5]) Mot. II S. 351.

in § 514 B.G.B. ausdrücklich noch erwähnt wird, im Gegensatz zum ersten Entwurf, muß man schließen, daß sie einen besonderen Zweck verfolgt, und dieser kann nur darin bestehen, die dispositive Natur auch für das Sachenrecht gelten zu lassen. Um einen leeren Zusatz handelt es sich also nicht, der, wie Immerwahr annimmt, hätte weggelassen werden können.

Ebenso[1]) wie Immerwahr verneinen die Zulässigkeit der Übertragung und Vererbung Gierke, Endemann, Lehmann, Böhm und Meisner. Aber auch diese sind in ihren Ansichten nicht übereinstimmend. Endemann, Lehmann und Immerwahr meinen, daß Übertragung zwar immer ausgeschlossen sei, daß aber in einem Ausnahmefall Vererbung eintreten könne: Sie lassen nämlich § 514 Satz 2 Anwendung finden. Immerwahr[2]) sagt: daß „das dingliche Vorkaufsrecht nur dann auf die Erben des Berechtigten übergehen kann, wenn es an eine Befristung gebunden ist", und auch Endemann und Lehmann nehmen von der regelmäßigen Unvererblichkeit den Fall der Fristsetzung aus. Damit begehen aber diese Schriftsteller eine Inkonsequenz, denn die Gültigkeit des Satzes: „Ist das Recht auf eine bestimmte Zeit beschränkt, so ist es im Zweifel vererblich", besagt, daß die Parteien durch Setzung einer Frist selbst ein vererbliches Recht schaffen können, womit also eine Parteivereinbarung zugelassen ist. Daß hier in diesem Falle Vererbung stattfinden darf, ist auch ganz natürlich, da hier nicht die Person des Berechtigten, sondern lediglich die Fristsetzung maßgebend ist[3]). Wenn das Vorkaufsrecht ein rein per-

[1]) Gierke, Entwurf S. 353. Endemann II S. 697 Anm. 29. Lehmann II S. 133. Böhm S. 139. Meisner III S. 200.

[2]) Immerwahr S. 289.

[3]) Katz S. 45.

sönliches wäre, wie die Motive[1]) annehmen, und mit ihnen die genannten Schriftsteller, wenn seine Natur Vererbung nicht vertrüge, wie könnte dann in einem Ausnahmefalle dennoch Vererbung stattfinden[2])? Wenn man § 514 Satz 2 zuläßt, muß man auch die Vereinbarung aus Satz 1 zulassen.

Auf anderem Standpunkte stehen Gierke, Böhm und Meisner. Sie sind dem Grundsatze, die Vertragsfreiheit hier nicht zuzulassen, treu geblieben, und erkennen deshalb auch die Zulassung des § 514 Satz 2 nicht an. Meisner führt dabei a. a. O. aus: „Diese Auslegungsvorschrift weist auf die Zulässigkeit einer freien Vereinbarung hin, welche der absolut maßgebenden Regelung des dinglichen Vorkaufsrechtes nicht entspricht". Gierke und Böhm erklären in gleichem Sinne die Ausschließung der Parteivereinbarung: Ein veräußerliches oder vererbliches Vorkaufsrecht könne überhaupt nicht eingetragen werden.

Nach § 514 Satz 2 ist „im Zweifel" das Recht vererblich; es ist demnach keine besondere Festsetzung der Vererblichkeit erforderlich. Diese tritt in diesem Falle nach dem Willen des Gesetzes von selbst ein, und sie muß, wenn sie nicht stattfinden soll, ausgeschlossen werden. Es ist daher die Nichtvererblichkeit ins Grundbuch einzutragen[3]). Turnau-Förster[4]) machen darauf aufmerksam, was aber als selbstverständlich anzusehen ist, daß bei Fristsetzung nur dann Vererbung von selbst eintritt, wenn der Erbfall wirklich während der Frist erfolgt.

Es wird von dem Gesetze die Beschränkung „auf eine bestimmte Zeit" erfordert, so z. B. wenn die Parteien ver-

[1]) Mot. II S. 351 und Mot. III S. 453.

[2]) Ebenso Katz S. 45.

[3]) Planck III S. 421.

[4]) Turnau-Förster I S. 479.

einbaren, daß innerhalb 20 Jahren das Vorkaufsrecht ausgeübt werden darf; nur dann tritt die Vermutung der Vererblichkeit ein. Wenn dagegen der Zeitabschnitt unbestimmt gelassen ist, z. B. die Ausübung ist für die Lebenszeit des Verpflichteten gestattet, dann ist dies nicht der Fall, sondern es ist besondere Parteivereinbarung erforderlich. Letzterer Fall ist auch gegeben, wenn das Vorkaufsrecht nach § 1097 B.G.B. für mehrere Fälle bestellt ist. Hier ist damit für die Ausübung eine Zeit festgesetzt, aber nicht eine bestimmte, wie dies § 514 Satz 2 erfordert, sondern eine unbestimmte. Vererbung findet also nur nach dem Willen der Parteien statt.

Übertragbarkeit kann bei Fristsetzung natürlich auch angenommen werden, weil sie ja wie die Vererblichkeit dem freien Parteibelieben unterliegt, nur tritt sie nicht von selbst ein, sondern sie muß ausdrücklich vereinbart werden, wenn sie eintreten soll.

Mit der Fristsetzung in § 514 Satz 2 ist nicht die des § 510 Abs. 2 zu verwechseln. Nach § 514 Satz 2 darf das Vorkaufsrecht überhaupt nur innerhalb der bestimmten Zeit ausgeübt werden, gleichgültig, ob ein Verkaufsfall eintritt oder nicht. Gemäß § 510 Abs. 2 läuft die Frist erst von dem Empfange der Mitteilung des Verkaufs an, setzt also die Möglichkeit der Ausübung des Vorkaufsrechtes voraus. Für die Ausübung ist, wenn nicht eine rechtsgeschäftlich vereinbarte Frist dafür eintritt, eine gesetzliche Frist geschaffen. Diese Vorschrift ist natürlich nicht mit Rücksicht auf das Interesse des Berechtigten, sondern auf das des neuen Käufers geschaffen. Durch die Bestimmung der Frist ist einer Verschleppung der Beziehungen zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten vorgebeugt, es wird aber auch eine zu häufige Übertragung dadurch verhindert und eine Vererbung wird nur in seltenen Fällen eintreten.

§ 13.

§ 513 schreibt vor, daß ein Vorkaufsrecht, das mehreren gemeinsam, und zwar, wie wir gesehen haben, entweder auf Grund ursprünglicher Berechtigung oder auf Grund von Übertragung oder Vererbung zusteht, von diesen nur im ganzen ausgeübt werden kann. Der Grund hierfür liegt darin, daß eben das zugrunde liegende Schuldverhältnis ein einheitliches ist. — Wenn ein Berechtigter sein Recht nicht ausübt, so fällt es den Übrigen zu, es geht auf sie über. Dieser Übergang ist gesetzlich geregelt. Wir haben hier infolgedessen einen Fall gesetzlicher Übertragung[1]). Wäre nun das Vorkaufsrecht seinem Wesen nach streng unübertragbar, wie es zum Teil angenommen wird, so würde die Vorschrift des § 513 dagegen verstoßen, ja sie wäre falsch und infolgedessen ungesetzlich. Dieselbe Vorschrift finden wir analog bei dem Wiederkaufsrecht (§ 502 B.G.B.), dagegen nicht bei dem Rücktrittsrecht (§ 356 B.G.B.), das bei dem Erlöschen für einen Berechtigten auch für die übrigen erlischt.

Wenn das dingliche Vorkaufrecht in Verbindung mit der Belastung durch Geldrenten event. einen Ersatz für die abgeschaffte Landleihe gewähren soll[2]), so muß es auch dieselben Wirkungen wie diese haben können. Nun waren die einzelnen Formen der Landleihe vererbliche und veräußerliche Rechte. Leugnet man diese Wirkung für das dingliche Vorkaufsrecht, so würde es die Landleihe nicht voll ersetzen können und die Überlassung von Land würde oft nicht dem gewollten Zweck entsprechen.

Auch aus positiven Vorschriften des dinglichen Vorkaufsrechtes selbst kann man die in dem fraglichen Punkte zu-

---

[1]) Vgl. Mot. II S. 348.

[2]) Mot. III S. 499. Prot. I. Lef. S. 3752.

lässige Parteivereinbarung herleiten. So ergibt sich aus § 1097 B.G.B., daß das Vorkaufsrecht für alle Fälle bestellt werden kann. Wenn dies unter den Parteien vereinbart wird, so ist die Ausübung an keinerlei Frist gebunden, auch nicht an die Lebenszeit des Berechtigten, vielmehr enthält diese Vereinbarung auch die andere, daß nach dem Tode des Berechtigten auch dessen Erben zur Ausübung berufen sind. Ferner sagt § 1098 Abs. 2 B.G.B., daß das Vorkaufsrecht Dritten gegenüber wie eine Vormerkung wirkt. Auch das schon erwähnte in Preußen gültige dingliche Widerkaufsrecht wirkt ebenfalls wie eine Vormerkung (Preuß. A.G. zum B.G.B. Art. 29 § 5). — Unter dem Dritten ist ein an dem Grundstück Interessierter, d. h. ein Käufer zu verstehen. Während im Allgemeinen eine Verfügung des Vorgemerkten über das Grundstück ausgeschlossen ist, so kann er doch über sein Recht insoweit verfügen, als er es anderen abtreten kann[1]). Es wirkt also die Vormerkung nicht nur zugunsten des ursprünglich Vorgemerkten, sondern auch zugunsten des Sondernachfolgers. Die Rolle des Vorgemerkten hat bei dem dinglichen Vorkaufsrecht der Vorkaufsberechtigte inne. Wenn das Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung haben soll, so muß es auch übertragbar sein können. § 1098 Abs. 2 spricht also für eine Übertragungsbefugnis des Vorkaufsberechtigten: Die Abtretung ist nach dem Willen der Parteien möglich.

Die Umwandlung eines subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechtes in ein subjektiv-persönliches und der umgekehrte Fall ist nach § 1103 verboten wegen der vollkommenen Verschiedenheit beider Arten von Vorkaufsrechten. So ist also z. B. der Fall untersagt, daß an Stelle des nur bestimmbaren jeweiligen Grundstückeigentümers nunmehr eine festbestimmte

[1]) Biermann, Vorm. S. 15.

Person berechtigt wird. Wenn dieser Erfolg beabsichtigt ist, so kann nur unter Aufhebung des alten subjektiv-dinglichen ein neues, nunmehr subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht bestellt werden. Entsprechend ist es im umgekehrten Falle. In der Vorschrift des § 1103 sind spezielle Fälle der Übertragung gesetzlich untersagt, woraus man schließen muß, daß im Allgemeinen Übertragung zulässig ist. Bei einem allgemeinen strengen Verbot der Übertragung wäre die Untersagung in den speziellen Fällen unnötig[1]).

Schließlich gibt auch § 1104 einen Anhalt für die hier vertretene Ansicht. § 1104 behandelt das bei dem dinglichen Vorkaufsrecht zulässige Aufgebotsverfahren, das auch § 887 für die Vormerkung, § 1112 für die Reallasten, § 1170 für die Hypothek und § 1269 für das Pfandrecht geregelt ist. Ein solches Aufgebotsverfahren ist für das obligatorische Vorkaufsrecht nicht vorgesehen. Aber auch hier ist nötigenfalls ein Ausweg vorhanden, indem man die Vorschrift des § 132 Abs. 2 B.G.B. zur Anwendung bringt, welche die Zustellung einer Willenserklärung an eine Person regelt, die selbst unbekannt oder deren Aufenthalt unbekannt ist. Ist das obligatorische Vorkaufsrecht mit einer Vormerkung versehen, so kann letztere, wenn der Berechtigte unbekannt ist, im Wege des Aufgebotsverfahrens beseitigt werden (§ 887 B.G.B. und 988 Z.P.O.). Es erlischt dann mit der Erlassung des Ausschlußurteils die Wirkung der Vormerkung und es bleibt nur das rein obligatorische Vorkaufsrecht bestehen, auf das das Erlöschen der Vormerkung keinen Einfluß ausübt[2]). In § 1104 heißt es im Anschluß an § 887 B.G.B., daß der unbekannte Berechtigte im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden

---

[1]) Cosack II S. 317. Planck III S. 421.

[2]) Ebenso Hilscher S. 45.

kann und es wird auf die Voraussetzungen des § 1170 verwiesen. Demnach müssen 10 Jahre seit der letzten sich auf das Vorkaufsrecht beziehenden Eintragung in das Grundbuch verstrichen sein und der Eigentümer, d. i. der Verpflichtete, darf das Recht des Berechtigten nicht während der Frist anerkannt haben.

Das Aufgebot bezweckt nach den Protokollen[1]) „eine Beseitigung veralteter, nicht mehr bestehender Rechte." Ein nicht mehr bestehendes Recht kann doch nur dasjenige sein, das durch Ausübung oder aus einem sonstigen Grunde erloschen ist. Dann ist aber keine Ausschließung mehr im Wege des Aufgebotsverfahrens nötig. Der Gesetzestext selbst gibt an, daß der Berechtigte unbekannt sein muß. Keine Anwendung findet diese Bestimmung daher auf das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht (§ 1104 Abs. 2), weil der zur Ausübung des Vorkaufsrechtes berechtigte jeweilige Eigentümer des Grundstücks naturgemäß nicht unbekannt sein kann[2]). Die Vorschrift über das Aufgebotsverfahren ist also nur für das subjektiv-persönliche Verkaufsrecht gegeben. Hier muß wieder eine Ausnahme für die juristische Person gemacht werden. Denn eine solche ist während ihres Bestehens immer bekannt. Aber auch der ursprünglich Berechtigte, der eine natürliche Person ist, kann naturgemäß nicht unbekannt sein. Auf wen bezieht sich also diese Vorschrift?

Zunächst steht nicht, wie in § 132 Abs. 2, der Unkenntnis der Person des Berechtigten die Unkenntnis ihres Aufenthaltsortes gleich, obgleich auch in diesem Falle der Berechtigte für den Verpflichteten — zur Mitteilung des abgeschlossenen Kaufes — nicht erreichbar ist. Dieselbe An-

[1]) Prot. IV S. 601.

[2]) Biermann III S. 178.

sicht vertritt Biermann[1]). Dagegen lassen Planck und Reichel die Unkenntnis des Aufenthaltsortes zwar regelmäßig keinen Grund für das Aufgebotsverfahren sein[2]); sie geben aber zu, daß vereinzelt durch diese Unkenntnis auch die Person des Berechtigten unbekannt werden kann, und für diesen Fall sei dann das Aufgebotsverfahren erforderlich. Welcher Berechtigte selbst ist aber unbekannt? Immerwahr[3]) sagt: „Fällt aber diese Bestimmbarkeit fort, so muß auch ein Mittel gegeben sein, um nunmehr das Vorkaufsrecht aus der Welt zu schaffen." Ein solcher Fall, in dem der Berechtigte bloß bestimmbar ist, liegt vor, wenn das Vorkaufsrecht z. B. für die Descendenz eines bestimmten Menschen besteht. Auch hier kann ein Aufgebot in Betracht kommen. Zieht man aber die Seltenheit solcher, nur die Bestimmbarkeit ergebenden Parteivereinbarungen in Erwägung, so kann man kaum annehmen, daß damit die Zahl der Anwendungsfälle erreicht ist.

Wenn man nun Vererblichkeit und Übertragbarkeit zuläßt, wofür § 1104 spricht, so ergeben sich viele Möglichkeiten für die Anwendung des Aufgebotes. Besteht das Vorkaufsrecht nicht mehr für den ursprünglich Berechtigten, sondern ein anderer ist im Wege der Erbfolge oder Übertragung an seine Stelle getreten, so kann es sehr leicht vorkommen, daß nur der erste Berechtigte bekannt ist, nicht aber derjenige, dem augenblicklich das Recht zusteht, und daß daher ein Aufgebotsverfahren notwendig wird. So sagt auch Crome[4]), daß ein Aufgebot dann nötig ist, wenn man nicht weiß, ob der Berechtigte noch lebt oder wer die

---

[1]) Biermann III S. 227.

[2]) Planck, Bem. 3 a zu § 887 S. 100. Reichel S. 179.

[3]) Immerwahr S. 303.

[4]) Crome III S. 190 Anm. 144.

Erben sind. — Mangelnder Nachweis des Verfügungsrechtes stehe der Unbekanntschaft des Gläubigers gleich, da möglicherweise alsdann ein anderer (unbekannter) der Berechtigte ist. Immerwahr[1]) schränkt seiner von ihm vertretenen Ansicht gemäß die Ausschließung durch Aufgebot bei der Vererbung auf den Fall der Fristsetzung ein.

§ 14.

Wenn man die Stimmen für und wider die Zulassung der Vererblichkeit und Übertragbarkeit und die Gründe, die dafür sprechen, abwägt, muß man zu der Folgerung kommen, daß die Zulassung zu bejahen ist. Als Endergebnis setzen wir mithin fest: Daß das dingliche Vorkaufsrecht des heutigen Reichsrechts zwar regelmäßig nicht vererblich und nicht übertragbar ist, daß aber durch Parteivereinbarung ebenso, wie vor der Kodifikation des heutigen Rechts, ein nicht blos an der Person des Berechtigten haftendes Recht geschaffen werden kann.

---

[1]) Immerwahr S. 303.

Literaturverzeichnis.

1. Beseler, Die Lehre von den Erbverträgen. I. Teil. Göttingen 1885.
2. Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts. I. Abt. Berlin 1885.
3. Biermann, Das Sachenrecht des B.G.B. (III. Teil). Berlin 1898.
4. Biermann, Widerspruch und Vormerkung. Jena 1901.
5. Binder, Die Rechtsstellung des Erben. Bd. III. Leipzig 1905.
6. Bluntschli, Deutsches Privatrecht. München 1864.
7. Böhm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht. Hannover 1898.
8. Bruck, Vormiete, im Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. XX. Berlin 1902.
9. Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. II. 3. Aufl. Jena 1901.
10. Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. III. Bd. 1905.
11. Dernburg, Bürgerliches Recht. Bd. II, 2. Abt. 1. u. 2. Aufl. Halle 1901.
12. Dernburg, Pandekten. Bd. II. 4. Aufl. Berlin 1894.
13. Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts. Bd. I. 5. Aufl. Halle a/S. 1894.
14. Eichhorn, Einleitung in das Deutsche Privatrecht. Bd. II. 5. Ausg. Göttingen 1845.
15. Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I. 6. Aufl. Berlin 1899. Bd. II. 8. Aufl. Berlin 1902.
16. Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht. Bd. II. (Lehmann). Marburg 1898.
17. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Bd. X. Leipzig 1884.
18. Entscheidungen des Königlichen Ober-Tribunals. Bd. 23. Berlin 1852. Bd. 80. Berlin 1877.

19. Fipper, Das Beispruchsrecht nach altsächsischem Recht, in Gierkes Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte. Heft III. Breslau 1879.
20. Förster, Preußisches Privatrecht. Bd. III. 3. Aufl. Berlin 1874.
21. Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. Bd. III. 7. Aufl. Berlin 1896.
22. Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe. 5. Aufl. München 1902.
23. Fischer, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts. Berlin und Leipzig 1887.
24. Fuchs, Grundbuchrecht. Bd. I. Berlin 1902.
25. Gengler, Das Deutsche Privatrecht. 4. Aufl. Erlangen und Leizig 1892.
26. Gerber, System des Deutschen Privatrechts. 11. Aufl. Jena 1873.
27. Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Leipzig 1889.
28. Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. II. Leipzig 1905.
29. Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten. Bd. XVI. Erlangen 1814.
30. Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts. Bd. II. Leipzig 1886.
31. Hillebrandt, Lehrbuch des heutigen gemeinen Deutschen Privatrechts. Leipzig 1849.
32. Hilscher, Die Unterschiede des dinglichen Vorkaufsrechtes von dem durch Vormerkung gesicherten obligatorischem Vorkaufsrechte bei Grundstücken nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Rostock 1903.
33. Immerwahr, Das dingliche Vorkaufsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts. Bd. 40. Jena 1899.
34. Jäger, Das Vorkaufsrecht nach gemeinem Rechte. Marburg 1893.
35. Katz, Zur Lehre vom Vorkaufsrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Inaugural-Dissertation. Erlangen 1898.
36. Keller, Pandekten. Bd. II. 2. Aufl. Leipzig 1867.
37. Kraut, Grundriß zu Vorlesungen über das Deutsche Privatrecht. 6. Aufl. Berlin und Leipzig 1886.
38. Koch, Das Recht der Forderungen nach Gemeinem und Preußischem Rechte. Bd. III. Breslau 1843.
39. Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. II. 2. Aufl. Berlin 1903.

40. Laband, Die rechtliche Natur des Retraktes und der Expropriation im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 52.
41. Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen. Berlin 1869.
42. Maenner, Das Recht der Grundstücke. München 1899.
43. Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II. Berlin 1900.
44. Meisner, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. III. Sachenrecht. Breslau 1901.
45. Mittermayer, Grundsätze des gemeinen Deutschen Privatrechts. 2. Abt. 5. Ausg. Regensburg 1838.
46. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. II und III. Berlin und Leipzig 1888.
47. Müller-Meikel, Das Bürgerliche Recht. Bd. I. München 1904.
48. Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. Bd. I. 3. Aufl. Berlin 1904.
49. Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.
50. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. III und V. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1902.
51. Protokolle der Kommission für die erste Lesung. Bd. IV.
52. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. II. Berlin 1898, Bd. III. Berlin 1899 und Bd. IV. 1899.
53. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts 1905, Nr. 7, Leipzig.
54. Renaud, Zur Lehre vom Näherrecht, insbesondere von der Erblosung nach gemeinem Rechte, in der Zeitschrift für Deutsches Recht. Bd. VIII. Leipzig 1843.
55. Reichel, Die Vormerkung des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts. Bd. 46. Jena 1904.
56. Roßhirt, Zu der Lehre vom Besitz, im Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. VIII. Heidelberg 1895.
57. von Roth, System des Deutschen Privatrechts. III. Teil. Tübingen 1886.
58. Sandhaas, Germanistische Abhandlungen. 1852.
59. Scherer, Sachenrecht (B.G.B. III. Buch). Erlangen 1899.
60. Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten. Bd. IV. München 1851. Bd. VII. München 1854. Bd. XXXII. München 1877.
61. Seuffert, Das Baurecht, die Reallasten und das Näherrecht. Würzburg 1819.

62. Seuffert, Praktisches Pandektenrecht. Bd. II. 2. Aufl. Würzburg 1848.
63. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. III. München 1898. Bd. V. München 1902.
64. Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts. Bd. II. Berlin 1883. 2. Aufl. und Bd. III. Berlin 1878.
65. Strecker, Die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Rechte an Grundstücken. Berlin 1898.
66. Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht Bd. I, das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Paderborn 1900.
67. Unger, System des Österreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. I. Leipzig 1856.
68. Walch, Das Näherrecht. Jena 1766.
69. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. II. 6. Aufl. Frankfurt a/M. 1887.
70. Zachariae-Crome, Handbuch des Französischen Zivilrechts. Bd. II. 8. Aufl. Freiburg i/B. 1894.